# Der Irrtum des Stellvertreters bei Rechtsgeschäften.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Erich Pinczower**

aus Liegnitz

Referendar bei der kgl. Staatsanwaltschaft zu Beuthen O./Schlesien

ACAD. LAND. BIBL.

Approbiert am 22. Dezember 1906.

**Breslau**

Koebner'sche Buchhandlung (Barasch & Riesenfeld)

1907.

141

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit.

# Literatur-Verzeichnis.


Allgemeines Landrecht.

Bähr, Irrungen im Kontrahieren. Gesamm. Aufs. 1895.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. 1852.

Biermann, Zur Lehre von Vertretung und Vollmacht. Gießner Festschrift f. Dernburg 1900.

Binder, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1905.

Cosack, Lehrb. d. bürg. Rechts. 1900.

Curtius, Die Stellvertr. bei Eingehg. v. Verträgen. Arch. f. d. ziv. Prax.

Dernburg, Pand. I. 1902. 7. Aufl.

— Bürgerl. Recht. Bd. I. 1902. II. Aufl.

— Die Lehre v. d. Stellvertretung. Krit. Ztschr. f. d. gesamte Rechtswissenschaft. 1853.

Dunkhase, Die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners etc. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 77. S. 100 f.

Dolinski, Haftung des Kontrahenten f. seine Gehilfen bei der Abschließung v. obligat. Vertr. nach österr. u. gem. Recht.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Auflage. 1900.

Eck, Sammlg. v. Vortr. über den Entw. eines B.G.B. 2. Ausg.

Fischer-Henle, B.G.B. 1902. 5. Auflage.

Freese, Die Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung. 1889.

Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B. Bd. I. 1901.

Hentschel, Wesen und Merkmale des wesentlichen Irrtums. Inauguraldiss. Greifswald 1900.

Hölder, Komm. z. Allgem. Tl. d. B.G.B. 1900.

Hupka, Die Vollmacht. 1900. (citiert nur Hupka)

— Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. 1903.

Ihering, Geist des römischen Rechtes. III. 1888.

— Jahrb. d. Dogm. Bd. I u. IV.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877.

Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Bürgerliches Recht.

Kuhlenbeck, Von den Pand. z. B.G.B. Bd. I. 1898.

Laband, Die Stellvertr. beim Abschl. von Rechtsgesch. in Goldschmidt's Ztschr. ft. f. d. ges. Handelsr. Bd. 10. 1856. S. 183 ff.

Lenel, Stellvertr. u. Vollmacht in Ihering's Jahrb. Bd. 36.
Leonhard, Der allgem. Tl. des B.G.B. in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.
— Anfechtbark. d. Vertr. f. d. Vermögen ein. Dritten. 1888.
Maaser, Erläuterung des § 166 B.G.B. Inaug.-Diss. Jena 1901.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschr. f. Rechtsgeschäfte. 1901.
Mitteis, Die Lehre von der Stellv. nach röm. Recht. 1885.
Motive, Zum Entwurf eines B.G.B.
Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.
Münzer, Welche Folgen hat ein Irrtum des Stellvertreters oder des Prinzipals bei einem von Ersterem abgeschlossenen Rechtsgeschäft? Inaug.-Diss. Erlangen 1897.
Planck, Bürgerl. Gesetzb. Bd. I. 1899.
Pfeffermann, Begriff des wesentlichen Irrtums bei Rechtsgesch. in der gemeinrechtl. Lehre und nach dem B.G.B. Inaug.-Diss. Erlangen 1903.
Puchta, Pand. 1863. 9. Aufl.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des B.G.B. 1897.
Savigny, Obligationenrecht. Bd. 2. 1853.
— Syst. des heut. röm. R. Bd. 3.
Sauerlandt, Der Irrtum des Stellvertreters nach gem. Recht und im Recht des B.G.B. Inaug.-Diss. Erlangen 1897.
Schliemann, in Goldschmidt's Ztschr. f. das ges. Handelsr. Bd. 16. S. 1 ff.
Staudinger, Komm. z. B.G.B. 1904.. Bd. I.
Reinberger, Vollmachtlose Stellvertretung und Genehmigung nach röm. R. und nach B.G.B. Inaug.-Diss. Breslau. 1901.
Striethorst, Arch. Bd. 44.
Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 19.
Thöl, Handelsr. Bd. I. 1879. 6. Aufl.
Trebing, Die Behandlung von Willensmängeln bei direkter Stellvertretung nach § 166 B G.B. Inaug.-Dissert. Jena 1904.
Unger, Syst. des allgem. österr. Privatr. Bd. 2. 1876.
— Legislative Behandlung des wesentl. Irrtums. Grünhuts Ztschr. f. Privat- und öffentliches Recht, S. 672 ff.
— Handeln auf eigene Gefahr.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. Bd. I. 1900.
Seuffert's Archiv. Bd. 38.
Windscheid-Kipp, Pand. 1900.
Zimmermann, Die Lehre v. d. stellv. negotiorum gestio. 1876.
Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgesch. 1879.
— Die Rechtsgesch. i. Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. das deutsche Reich. 1889.

# Inhaltsangabe.


| | | Seite |
|---|---|---|
| Einleitung: Das Problem des Themas | | 1 |
| | I. Der Irrtum bei Rechtsgeschäften | 4 |
| § 1. | Das Rechtsgeschäft. Wille und Erklärung | 2 |
| § 2. | Unterschiede des Irrtums bei Rechtsgeschäften (Echter und unechter Irrtum) | 4 |
| § 3. | Der (unechte) Geschäftsirrtum | 5 |
| § 3a. | Die Voraussetzungen desselben | 5 |
| | a) Des § 119 Abs. 1 B.G.B. kurz historisch | 5 |
| | b) Des § 119 Abs. 2 B.G.B. dogmat. dargestellt | 8 |
| § 3b. | Die Wirkungen desselben | 12 |
| | II. Die Stellvertretnng bei Rechtsgeschäften | 13 |
| | 1. Kritik der verschiedenen Stellvertretungstheorieen: | 13 |
| § 4. | a) Die Stellvertretung im römischen Recht | 13 |
| | b) Die Stellvertretung im gemeinen Recht | 16 |
| § 5. | aa) Die sog. Durchgangstheorie | 16 |
| § 6. | bb) Die Savigny'sche Theorie | 17 |
| § 7. | cc) Die Thöl'sche Theorie | 21 |
| § 8. | dd) Die Mitteis'sche und Dernburg'sche Theorie | 22 |
| § 9. | ee) Die sog. Repräsentationstheorie | 26 |
| | 2. Die Konstruktion der Stellvertretung: | 28 |
| | a) Aufbau derselben | 28 |
| § 10. | aa) Das Verhältnis von Bote und Stellvertreter | 28 |
| § 11. | bb) Das Wesen der Vollmacht, insbesondere ihr Verhältnis zum Geschäft des Vertreters | 31 |
| | b) Die Konsequenzen im allgemeinen | 38 |
| | III. Der Irrtum des Stellvertreters bei Rechtsgeschäften | 39 |
| § 13. | 1. Ueber den Inhalt des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts | 39 |
| § 14. | 2. Ueber Bestand und Umfang der Vertretungsmacht | 46 |

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0055

# Einleitung.

Das Problem umseitigen Themas ist: Welchen Einfluß hat der Irrtum des Stellvertreters auf das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft? zwei grundlegende Fragen bedürfen der Erörterung:

1. welchen Einfluß hat der Irrtum bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts auf das Rechtsgeschäft überhaupt?

2. wer ist Stellvertreter, und welche Stellung nimmt er gegenüber dem von ihm im Namen eines Anderen abgeschlossenen Rechtsgeschäft ein.

In knapper historisch-dogmatischer Darstellung soll die erste Frage erörtert, sodann in eingehender Weise unter Berücksichtigung der historischen Entwickelung dargelegt werden, auf wessen Handlung das in Stellvertretung abgeschlossene Rechtsgeschäft beruht, um sodann aus den gewonnenen Resultaten die Folgerung zu ziehen und die Frage zu lösen:

> Wann und inwieweit berührt der Irrtum des Stellvertreters das von ihm im Namen eines Anderen abgeschlossene Rechtsgeschäft?

# I. Der Irrtum bei Rechtsgeschäften.

## § 1.

### Das Rechtsgeschäft, Wille und Erklärung.

Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, die darauf gerichtet ist, rechtliche Wirkungen hervorzurufen. Nicht der Wille, das ist der Erfolgswille, die Absicht, allein, und nicht die Erklärung, das ist die Erklärungshandlung, genügt, sondern beide zusammen sind in gleicher Weise zur Begründung von Rechtswirkungen erforderlich. Wenn aber Wille und Erklärung von einander abweichen, so entsteht die Frage, ob der Inhalt und die Gültigkeit des Geschäfts nach dem Willen oder der Erklärung zu beurteilen ist. Zwei Ansichten stehen sich schroff gegenüber, die Erklärungs- und die Willenstheorie.

Die Erklärungstheorie legt das ausschließliche Gewicht auf die Erklärung; nach ihr knüpft sich die Rechtsfolge nur an den objektiven Tatbestand wie die Strafe an den Deliktsbestand. Der Urheber einer Aeußerung wird beim Worte genommen: „Wenn das Wort von der Zunge, ist der Mann gebunden[1].“ „Ein Mann, ein Wort,“ uti lingua nuncupasset, ita jus esto[2])“, so sanctionierte man in den älteren Rechtsperioden, im germanischen wie römischen Rechte, die Alleinherrschaft des Wortes. Der Vertrag kommt allein durch die Uebereinstimmungen der Erklärungen zu Stande, eine unzweideutig abgegebene Erklärung und das darauf aufgebaute Rechtsgeschäft kann also niemals wegen Widerstreits zwischen Wille und Erklärung angefochten werden. Das verlange die bona fides, die im Verkehr herrschen muß, während gerade die strenge Durchführung dieses Grundsatzes gegen das Bonaefideiprinzip verstößt.

Im strikten Gegensatz, dazu, steht die reine Willenstheorie, die den inneren Willen, die Absicht, zum wirkenden Faktor im

---

[1]) Vgl. Heusler, Institutionen, S. 60 ff.

[2]) Dieser Satz galt nur im ältestem römischen Recht; im Laufe der Entwickelung erkannte man die Berechtigung auf den Willen zurückzugehen ohne ihm jedoch zum Schaden der Sicherheit des Verkehrs eine entscheidende Geltung einzuräumen.

Privatrecht proklamiert. Nicht durch die Uebereinstimmung der äußeren Erklärungen, sondern der inneren Willen, der Absichten, der Kontrahenten kommt der Vertrag zustande; die Erklärung soll nur das Mittel sein, um auf den inneren Willen zu schließen; selbständige, rechtserzeugende Wirksamkeit trägt sie nicht in sich. Wenn also diese Uebereinstimmung der Willen, der consensus, nicht vorhanden ist, dann soll auch kein Vertrag zustande gekommen sein; wenn der eine Kontrahent sich irrt, dann soll ihm geholfen werden auf Kosten seines schuldlosen Gegners.

Während also das Willensdogma, das keine Erklärung gelten läßt, wenn der ihr entsprechende Wille nicht zu Grunde liegt, in unerträglicher Weise den gutgläubigen Erklärungsempfänger schädigt, gibt die Erklärungstheorie — folgerichtig durchgedacht — unter Umständen in gleich unbilliger Weise den Erklärenden preis, den das Geäußerte, selbst ein verfehlter Ausdruck, schlechthin binden soll.

Die Vergleichung der Extremen dieser beiden Ansichten führt zu der Erkenntnis, daß „die Wahrheit in der Mitte liegt." Im Interesse der ausgleichenden Gerechtigkeit ist es geboten, nicht den einen Kontrahenten auf Kosten des anderen, sondern beide zugleich zu schützen und „ihre Interessen mit einander zu versöhnen." Nicht „Wille oder Erklärung" darf die Fragestellung lauten, sondern Wille und Erklärung und wo der gerechte Interessenausgleich? Das Problem ist rein praktisch zu fassen. Der Wille des Erklärers ist der eigentliche Lebensnerv des Rechtsgeschäftes, und (vgl. auch § 118 B.G.B.), und darum muß er unter gewissen Voraussetzungen, die die Rechtsordnung näher präzisiert, berücksichtigt werden, aber die bona fides verlangt, daß dies nicht auf Kosten des auf die Erklärung vertrauenden Gegenkontrahenten erfolgt § 122 B.G.B. Das bürgerliche Gesetzbuch gibt dem Irrenden nach § 119 B.G.B. ein Anfechtungsrecht seiner Willenserklärung, verpflichtet ihn aber, dem auf seine Erklärung vertrauenden Gegenkontrahenten das sog. negative Vertragsinteresse zu ersetzen, d. h. den Schaden, den er dadurch erleidet, daß er sich auf Rechtsbeständigkeit des Vertrags verlassen und im Vertrauen darauf andere vermögensrechtliche Dispositionen getroffen bezw. unterlassen hat.

## § 2.

### Unterschiede des Irrtums bei Rechtsgeschäften.

(Echter und Unechter Irrtum.)

Der Irrtum besteht in einer unrichtigen Vorstellung, „die stets von dem falschen Bewußtsein der Wahrheit begleitet sein muß[1])." Aber der passive Zustand der falschen Vorstellung ist für den Juristen bedeutungslos; nur dann interessiert sie ihn, wenn der irrigen Meinung eine dadurch verursachte Erklärung, ein irriges Handeln, folgt. (vgl. Leonhard, allgemeiner Teil S. 471).

In verschiedener Weise kann uns der Irrtum entgegentreten, er kann die Willensbildung oder die Willenserklärung beeinflussen, er kann den Inhalt des Willens, bald den der Erklärung betreffen[2]).

Die gemeinrechtliche Lehre unterscheidet nach Savigny: System III, S. 440 ff. zwischen echtem und unechtem Irrtum. Letzterer liegt dann vor, wenn infolge Nichtwissens oder Falschwissens eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung entsteht, dann hat rechtliche Bedeutung nicht der Irrtum sondern die dadurch verursachte Divergenz, und der Irrtum ist nur ein Grund hiervon. Ein Rechtsgeschäft kommt nicht zustande, weil ein negatives Tatbestandsmoment, das Wollen der Rechtsfolge fehlt. Beim echten Irrtum stimmen Wille und Erklärung überein, das Nichtwissen oder Falschwissen ist nur Grund für einen bestimmten Willensentschluß. Das Rechtsgeschäft ist zustande gekommen; denn nur danach frägt die Rechtsordnung, ob jemand gewollt hat, nicht danach, warum er gewollt hat. Der Irrtum im Motiv ist also grundsätzlich gleichgiltig; aber nicht jeder Irrtum im Motiv wird nicht beachtet. Psychologisch unbestreitbar ist, daß für mich die Eigenschaft einer

---

[1]) Kuhlenbeck, S. 416.

[2]) Dabei ist aber im Gegensatz zu Leonhard B.G.B. S. 470, Dernburg B.G.B. I, S. 432, zu beachten, daß der error in faciendo den error in cogitando nicht mitumfaßt; denn wenn ich in der Zerstreutheit 10 statt 5 schreibe, so habe ich nur die Vorstellung, daß ich schreibe, nicht aber davon, was ich schreibe.

Sache das Motiv zum Abschluß eines Geschäftes sein kann, psychologisch also ein Irrtum darüber, wie schließlich jeder Inhaltsirrtum, ein Irrtum im Motiv bleibt, wirtschaftlich aber und daher juristisch-technisch ebenso unbestreitbar ist, daß die Eigenschaft, die für mich Motiv zum Abschluß des Geschäfts ist den Inhalt des Rechtsgeschäfts berührt[1]), und der Irrtum über diese Eigenschaft nicht als Irrtum im Motiv, sondern als Irrtum im Geschäftswillen selbst betrachtet werden muß (A.M. Zitelmann Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 433). Dieser Standpunkt ist auch im B.G.B. § 119 Abs. 2 im Gegens. zu Entwurf 1 § 102 zum Ausdruck gekommen.

## § 3.

## Der (unechte) Geschäftsirrtum.

## § 119 Abs. 1 B.G.B.

### § 3a.

### Die Voraussetzungen desselben.

Nicht jeder beachtliche Irrtum findet Berücksichtigung, sondern nur dann, wenn er zugleich wesentlich ist. In Anlehnung an zahlreiche Quellenstellen stellt die herrschende gemeinrechtliche Lehre[2]) folgende Skala auf: wesentlich ist der Irrtum:

1. Ueber die Person (error in persona[3]).
2. Ueber die Identität des Gegenstandes (error in corpore[4]).
3. Ueber die rechtliche Natur des Vertrages (error in negotio[5]).

---

[1]) Im Gegensatz zu diesen „Inhaltfälschenden" (Leonhard B.G.B. S. 517). Beweggründen bleiben immer vollkommen unberücksichtigt die „bloßen" Beweggründe, die den Inhalt des Rechtsgeschäfts an sich nicht berühren. Wenn mein Vater beim Buchhändler die zivilrechtlichen R.G. Entscheidungen bestellt in der Hoffnung, daß ich sie nach bestandenem Referendarexamen in der Praxis gebrauchen werde, so kann er nicht anfechten, wenn ich „durchfalle" (unbeachtlicher Irrtum).

[2]) Savigny III. S. 267 ff., Windscheid-Kipp I § 76.

[3]) Windscheid-Kipp I § 76a. l. 32. D. de reb. cred. 12,1.

[4]) l. 9. D. de contr. emptione 18,1.

[5]) l. 18. D. de reb. cred. 12,1.

4. Ueber die stoffliche Zusammensetzung [error in substantia[1])].

Richtig ist nur, daß diese Punkte in der Regel wesentlich sind. Die Person ist z. B. bei Barkäufen — man denke an den Automatenverkauf — als unwesentlich zu bezeichnen, beim Kreditkauf wird die Individualität eine große Rolle spielen. Der Irrtum über die Geschäftsnatur wird mit Recht immer wesentlich sein. Der Irrtum über eine individuell bestimmte Sache wird ebenfalls wesentlich, der Irrtum über generisch bestimmte Sachen dagegen — es sei denn, daß er genus oder quantität betrifft — unwesentlich sein. Viele Fragen, z. B. der Irrtum über Zeit und Ort der Erfüllung bleiben unerörtert.

Ein ebenso kasuistisches und daher ebenso unvollständiges Schema stellt das A.L.B. I, 4 § 75—83 auf, nach dem ebenfalls bestimmte Arten des Irrtums wesentlich sein sollen, und das bei einzelnen Fällen nur die objektive Verkehrsanschauung entscheiden läßt.

Im Gegensatz hierzu verfällt Entwurf 1, B.G.B. § 98, in dem immer noch (cf. Abs. 2) die kasuistische Methode „spukt", in einen übertriebenen Subjektivismus. „Beruht der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrtum des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben würde".

Danach wäre Antisemit A., der bei B. Zigarren kauft und dann erfährt, daß B. Jude ist, berechtigt das Geschäft anzufechten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gab daher mit Recht im § 119 jede Kasuistik wie den übertriebenen Subjektivismus des Entwurfes und den Objektivismus des gemeinen und preußischen Rechtes auf und bestimmte ganz allgemein: „Wer bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war, oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben

---

[1]) cf. I. 9 § 2 D. 18,1 acetum pro vino, aes pro auro, plumbum pro argento

wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde". Zwei verschiedene Fälle liegen vor, die man unter dem Namen „Inhaltsirrtum" zusammenfassen kann: (vgl. Leonhard B.G.B. Allg. Teil. S. 489) der Irrtum beim Ausdenken und der Irrtum beim Reden und Schreiben, bei der Tätigkeit, die den ausgedachten Inhalt in falsche Worte kleidet. Im ersten Falle beabsichtigt man eine Erklärung des Wortinhalts, aber über den Sinninhalt irrt man, über den Erklärungswert, über die Bedeutung und Tragweite der Erklärung, man hat den Erklärungswillen, aber nicht den Geschäftswillen, die Absicht hat man nicht. Schleicht sich dagegen der Irrtum ein, wenn man den ausgedachten Inhalt zum Ausdruck bringen will, gibt man eine andere Erklärung ab, als man abgeben wollte, dann irrt man auch über den Sinninhalt der abgegebenen Erklärung, weil eben die Erklärung fehl ging. „Verkehrte Handlung" im Gegensatz zur „irrigen Meinung" (vgl. Leonhard B.G.B., allgem. Teil S. 470).

Als zweites Erfordernis für die Berücksichtigung des Irrtums kommt aber noch hinzu, daß man die Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde", also nicht der subjektive Gesichtspunkt, nicht jede unverständige Laune des Irrenden ist entscheidend und nicht der rein objektive Gesichtspunkt, wonach ausschließlich die Verkehrssitte die Erheblichkeit des Irrtums zu bestimmen hat, sondern ein subjektiv-objektiver Gesichtspunkt; aber nicht ist damit gesagt, wie Eck S. 140ff. meint, daß der Fall von zwei Standpunkten aus betrachtet werden muß; erstens von dem des Irrenden und zweitens dem der objektiven Vernunft, sondern nur ein einziger Maßstab darf angewendet werden, nämlich würde der Irrende als ein verständiger Mann so gehandelt haben; alle seine individuellen Verhältnisse dürfen und müssen Berücksichtigung finden, nur sein Unverstand nicht.

## § 119. Abs. II B.G.B.

Mit dem Irrtum über den Inhalt des Geschäftes ist eigentlich der Kreis des rechtlich-erheblichen Geschäftsirrtums erschöpft; gleichwohl hat § 119 Abs. II B.G.B. den Irrtum über Eigenschaften einer Person oder Sache besonders behandelt; wenn sich jemand über eine Eigenschaft einer Sache irrt, so ist doch nur scheinbar, rein äußerlich, die Identität zwischen dem Gegenstande, auf den die Vorstellung des Erklärenden und dem, auf den seine wirkliche Erklärung gerichtet war, vorhanden, tatsächlich aber nicht (abweichend Enneccerus-Lehmann S. 166[3], S. 177.); denn „das Ding an sich" gilt nicht, erst durch seine Eigenschaften erhält es seinen Wert, sie sind das eigentlich Maßgebende, die die Sache selbst und somit den Inhalt des Rechtsgeschäfts bestimmen. (vgl. allerdings weitgehend Hölder B.G.B., allgem. Teil S. 261[6], S. 262.) Ein Irrtum über sie ist daher immer ein Irrtum über den Inhalt des Rechtsgeschäfts, und nur darauf ist die Frage zu richten, ob die Verschiedenheit des wirklichen und des vom Handelnden angenommenen Geschäftsinhalts im konkreten Falle entscheidende Bedeutung gewinnt. Das Pandektenrecht suchte aus den Einzelentscheidungen des römischen Rechts, das in zahlreichen Entscheidungen den Irrtum über Eigenschaften einer Person oder Sache für erheblich erklärte, das allgemeine Prinzip zu finden. Savigny (System 3, S. 283 ff.) faßte seine Ansicht dahin zusammen: ein Irrtum über eine Eigenschaft bleibt ohne Einfluß, wenn er sich nur auf ein Mehr oder Minder der Eigenschaft bezieht; nur dann ist das Rechtsgeschäft anfechtbar, wenn „vermöge der irrig vorausgesetzten Eigenschaft nach den im Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sache gerechnet werden müßte als wozu sie wirklich gehört." Wenn Essig und Wein, Bronze und Gold, Blei und Silber verwechselt würden, sei nicht die Wertdifferenz, sondern der ungleichartige Stoff, ein rein objektives Kriterium, das entscheidende Moment, während schon die römischen Juristen (vergl. l. 58 D de contr. empo $18_1$) ein subjektives Element, ob die Eigenschaft für den Irrenden selbst ausschlaggebend ist, betonten.

Die gemeinrechtliche Praxis schließt sich vollkommen der Savigny'schen Theorie an.

A. kauft von B. eine Baustelle für sechstausend Mark; beide gehen von der Annahme aus, daß im Falle der Bebauung die Straßenanlagen ca. 500 Mark kosten würden, während sie tatsächlich ca. 3000 Mk. kosten. A. klagt auf Aufhebung des Kaufvertrages wegen Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft der Sache. Reichsgericht weist ab. (vergl. R.G. Entscheidungen Bd. 19 S. 260.) Das Grundstück könne wegen größerer finanzieller Anstrengung, die nötig sei, um den Bau ausführen zu können, nicht zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden; auf den Wert der Sache und das Interesse, das der Käufer persönlich hat, komme es bei der Frage, wann ein Irrtum über Eigenschaften wesentlich sei, nicht an; daher liege nur ein Irrtum im Beweggrunde vor, der ein Rechtsgeschäft nicht unwirksam machen könne.

A. kauft von B. eine Geige, die B. als Nicolo-Amatigeige bezeichnet hat; da sie eine solche nicht ist, klagt A. auf Aufhebung des Kaufes wegen Irrtums über eine Eigenschaft der Sache. Die Klage wird abgewiesen (vergl. Seuffert's Archiv Bd. 38 S. 139.). Die individuelle Beschaffenheit des Instruments würde durch die irrige Voraussetzung einer anderen Herkunft nicht im Geringsten berührt. Die Frage nach dem Erbauer der Geige bezw. Ursprungsort sei zwar subjektiv wesentlich, weil sie die Wertschätzung erhöhen kann, aber sie berühre nicht das Wesen der Sache.

Die Unzulänglichkeit dieser beiden Entscheidungen liegt darin, daß sie das subjektive Empfinden nicht berücksichtigen.

Das Allgemeine Landrecht I. 4. § 77, 81 erklärt den Irrtum über ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaften einer Person oder Sache für erheblich und versteht unter Eigenschaften nicht nur das, was äußerlich in die Augen fällt, sondern auch solche „tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, die in ihren Beziehungen zu anderen Personen wurzeln und nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung der Personen oder Sachen in allen oder gewissen Rechtsbeziehungen zu üben pflegen." (vergl. Boltze, S. 170.) In beiden obigen Fällen wäre also der Irrtum nach A.L.R. erheblich.

Die Auffassung des I. Entwurfs, den Eigenschaftsirrtum im Motiv als irrelevant zu bezeichnen, hat das B.G.B. § 119 Abs. II verworfen und bestimmt: „Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden." Unter Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs. II. verstehen wir aber nicht den Begriff rein naturwissenschaftlich gefaßt, „als den sinnlich wahrnehmbaren Zustand des Wesens für sich", (vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 442) vielmehr, da der Verkehr die Personen und Sachen nicht allein, sondern im Zusammenhang mit anderen Personen und Sachen betrachtet, (vgl. Leonhard, B.G.B. S. 492) auch „solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, welche in ihren Beziehungen zu anderen Personen gegründet sind" (ähnlich Ebert, Fischer-Henle, 459 Anm. 7). Eigenschaften einer Person sind also auch Zahlungsunfähigkeit oder Konkurs, Eigenschaften einer Sache der Mietsertrag eines Hauses, die Kundschaft eines Geschäftes, die Autorschaft, die Straßenanlagekosten bei einem Bauplatz. Nur dann aber faßt das Gesetz den Irrtum über Eigenschaften einer Person oder Sache als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auf, wenn diese Eigenschaften „im Verkehr als wesentlich" angesehen werden. Was heißt das im Verkehr wesentlich? Ist das eine absolute Größe? (vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht, S. 432). Nicht jede Eigenschaft einer Person oder Sache ist ein für alle Mal wesentlich oder unwesentlich, vielmehr kann eine Eigenschaft, die für Erreichung eines bestimmten Zweckes oder für ein bestimmtes Rechtsgeschäft wesentlich ist, für die Erreichung eines anderen Zweckes oder ein anderes Rechtsgeschäft sehr wohl unwesentlich sein (vgl. Staudinger, Komm. § 119, II. 4) So wird, wenn Protestant A. beim Katholiken oder Juden B. Cigarren kauft, die Eigenschaft des B. unwesentlich, wenn er ihn dagegen zum Hauslehrer seiner Kinder engagiert, wesentlich sein. (vgl. Staudinger ebenda). Ebenso verhält es sich natürlich bei Sacheigenschaften. Kauft jemand eine Uhrkette so wird der Stoff, ob Gold oder Silber, wesentlich sein, doch wird der Stoff nicht immer, wie Savigny meint, entscheidend sein; er kann auch eine nebensächliche Rolle

spielen; es würde z. B. dem Antiquitätensammler gleichgültig sein, ob eine kunstvoll gearbeitete Truhe aus dem achten Jahrhundert aus Eichenholz oder anderem Holz gefertigt ist; vielmehr wird für ihn maßgebend sein, ob die Truhe wirklich echt ist. Eine Eigenschaft ist, wie wir mit Leonhard B.G.B. S. 493 sagen, dann verkehrswesentlich, „wenn die Wichtigkeit dieser Eigenschaft für den Geschäftszweck erkennbar hervortritt." Sind die Eigenschaften der Person oder Sache in dem erläuterten Sinne für das konkrete Rechtsgeschäft nach der Verkehrsanschauung wesentlich, dann ist der Irrtum über diese Eigenschaften ein Irrtum über den Inhalt des Geschäftes; dann aber ist erst wie bei jedem Irrtum über den Inhalt des Geschäftes die Frage nach der Erheblichkeit oder „Parteiwesentlichkeit" zu stellen. Der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften berechtigt also nur dann zur Anfechtung, wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende die Willenserklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Im konkreten Falle wird sich freilich Verkehrswesentlichkeit und Parteiwesentlichkeit häufig decken, weil eben die Verkehrsanschauung nichts anderes ist, als die Zusammenfassung der Anschauung verständiger Menschen. Der Bauer also, der die obige Truhe in einer Auktion gekauft hat, wird das Geschäft mit Berufung darauf, daß sie nicht aus dem 8. sondern aus dem 18. Jahrhundert stammt, nicht anfechten können, wohl aber der Antiquitätensammler, der nur Altertumsstücke aus dem achten Jahrhundert sammelt. Aber es ist sehr wohl möglich, daß die Verkehrsanschauung die betreffende Eigenschaft als wesentlich ansieht und gleichwohl die Anfechtung versagt bleibt, weil man nach der konkreten Sachlage annehmen muß, der Irrende würde als verständiger Mann gedacht, von seinem individuellen Standpunkt aus, trotz Kenntnis der Sachlage die Erklärung doch abgegeben haben; so wird z. B. ein Studierender der Rechte, der Justinians Novellen gekauft hat, dann aber erklärt, er habe geglaubt, das Buch enthalte Novellen im Sinne der schönen Literatur, nicht anfechten können, wohl aber eine junge Dame, die den juristischen Sprachgebrauch nicht kennt; (Beisp. aus Kuhlenbeck S. 430, doch in anderer Beziehung

daselbst) denn sie hätte bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben. Nach diesen Gesichtspunkten: Geschäftsinhalt, verständige Würdigung, Eigenschaft, Verkehrswesentlichkeit, Parteiwesentlichkeit muß also der konkrete Tatbestand beurteilt werden, um den erforderlichen Maßstab für die Berücksichtigung des Inhaltsirrtums zu finden. Entschuldbarkeit des Irrtums ist nach B.G.B. ebensowenig, wie nach der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht als Voraussetzung der Berücksichtigung des Irrtums erforderlich.

## § 3 b.

## Die Wirkungen des Geschäftsirrtums.

Die Berücksichtigung des Irrtums vollzieht sich im B.G.B derart, daß der Irrende zur Anfechtung der Erklärung berechtigt ist. Mit gutem Recht ist der gemeinrechtliche Standpunkt der reinen Willenstheorie, kraft dessen absolute Nichtigkeit eintrat, fallen gelassen worden. Das Recht soll doch nur den Irrenden schützen, wenn durch seinen Irrtum sein Interesse verletzt ist; wenn er aber den Vertrag zu Recht bestehen lassen will, weil das seiner Ansicht nach in seinem Interesse liegt, dann darf ihm die Rechtsordnung das nicht verwehren; und dem Gegner gegenüber, der sich auf die Gültigkeit dieses Vertrages verlassen hat, ist es doch gewiß nicht unbillig, wenn der Vertrag wirklich giltig bleibt; ihm kann also niemals das Recht eingeräumt werden, wegen Irrtums seines Gegners das Geschäft anzufechten. (Grundsätzlich anderer Anschauung scheint Eck zu sein. S. 144 Anm. 1). Hat nun der Irrende ein Interesse daran seinen Irrtum geltend zu machen, so leistet ihm eine Anfechtung des Rechtsgeschäfts, welches dieselbe Wirkung hat wie von Anfang bestehende Nichtigkeit, dieselben Dienste wie die Nichtigkeit selbst. (relative Nichtigkeit). Die Anfechtung muß „unverzüglich", d. h. nicht „sofort", sondern „ohne schuldhaftes Zögern" erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat; es genügt unverzügliche Absendung § 121 Absatz 1 B.G.B.; sie geht auf Gefahr des Adressaten; nach Ablauf von dreißig Jahren seit Abgabe

der Willenserklärung erlischt das Anfechtungsrecht, selbst wenn der Irrende bis dahin sein Anfechtungsrecht noch nicht kennt.

Macht man von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, so ist man bei empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften seinem Gegenkontrahenten, bei einseitigen z. B. bei der Auslobung jedem Dritten zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, (sowohl positiver Schaden: aufgewendete Kosten, als auch entgangener Gewinn: Unterlassung eines anderen Vertragsabschlusses) jedoch nur bis zu dem Betrage, den der Anspruchsberechtigte an der Gültigkeit der Willenserklärung hat (sogenanntes Erfüllungsinteresse) (vgl. O. Fischer in Fischer-Henle zu § 122 Anm. 7). Der Irrtum über Eigenschaften einer Sache kann nach § 459 460 B.G.B. auch Grundlage eines Wandlungs- oder Minderungsanspruches sein.

---

## II. Die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften.

### 1. Kritik der verschiedenen Stellvertretungstheorien.

### § 4.

### Die Stellvertretung im römischen Recht.

Der Begriff der direkten Stellvertretung, d. i. die Abgabe oder Entgegennahme einer Willenserklärung für einen Anderen in der Absicht, daß die Wirkung diesen Andern treffen soll, ist dem ältesten deutschen wie römischen Rechte unbekannt; auch in späterer Zeit ließ das römische Recht Stellvertretung nur in sehr beschränktem Umfange zu. Verschiedenartige Umstände haben dabei mitgewirkt, vor allem wohl die vermögensrechtliche Unselbständigkeit der gewaltuntergebenen Hausgenossen, welche dem pater familias für alle Erwerbsgeschäfte natürliche Vertreter schuf und die Heranziehung anderweitiger Geschäftsführer vielfach entbehrlich machte, ferner, wie weiter unten noch zu zeigen ist, die Ausbildung der bürgerschaftsähnlichen adjecticischen Haftung des Geschäftsherrn für die Kontraktsverbindlichkeiten gewaltunterworfener sowie gewaltfreier Ge-

schäftsführer; mitgewirkt hat wohl auch die formale Natur der alten Rechtsgeschäfte, welche an und für sich der Vornahme von Rechtsgeschäften durch Personen, die nicht Partei sein wollen, widerstrebte; vielleicht auch allgemeine Motive ethischer Natur, die da forderten, daß jeder freie Mann sich seine Rechtssphäre selbst gestalten, und er der Rechtssphäre eines Andern nicht dienstbar sein soll (vgl. D. 42, 5. l. 12 pr. ferner Mitteis § 2 bis 4). Zwar behauptet Savigny (Syst. III § 313 u. Obligationen II. § 56) für das Justinianeische Recht die allgemeine Zulässigkeit der Stellvertretung, D. 41, 1 l. 53: ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra adquirimus veluti stipulationem; quod naturaliter adquiritur sicuti est possessio perquemlibet volentibus nobis possidere adquiritur, indem er lehrt, daß die direkte Stellvertretung nur noch bei den formalen Geschäften der Stipulation verworfen, bei allen formlosen Geschäften dagegen zulässig sei; doch ist offenbar in dieser Stelle unter naturaliter et civiliter nicht der Gegensatz zwischen ius naturale und ius civile, sondern zwischen Tatsache und Recht, zwischen Besitz und Rechtserwerb zu verstehen. (vgl. Windscheid. S. 298 Anm. 14. Dernburg, Pand. S. 277 Anm. 12.)

Das römische Recht hat vielmehr die direkte Stellvertretung allgemein niemals anerkannt. Falsch wäre es, eine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung in der sog. „notwendigen Stellvertretung", dem Rechtserwerb der Gewaltunterworfenen, die Gewaltunterworfenen selbst als Vertreter des pater familias anzusehen. Zwar entstehen die aktiven Elemente des vom Gewaltunterworfenen abgeschlossenen Rechtsgeschäftes in der Person des pater familias, aber nicht auf Grund des Willens dieser Personen, sondern kraft rechtlicher Notwendigkeit, kraft des Familiarverhältnisses, das zwischen dem Gewaltunterworfenen und dem pater familias besteht, kraft der patria potestas. Partei des Geschäftes ist nicht der pater familias, sondern der Gewaltunterworfene und der Erwerb vollzieht sich wie ohne Willen des Gewaltunterworfenen, so auch ohne Wissen und Willen des Herrn. Das ist keine Stellvertretung, (vgl. ähnlich Manigk. S. 310, Windscheid. S. 299 Nr. 11) aber

es wurde vielfach dasselbe Resultat erzielt, wie durch die Stellvertretung, namentlich seit der Praetor zur Inanspruchnahme von Credit seitens der Gewaltunterworfenen unter gewissen Voraussetzungen Klagerechte gegen den pater familias gab. (Actio quod iussu, actio tributoria etc.) Da der pater familias zu dem Kontrakt als solchem in keiner unmittelbaren Beziehung steht, ergibt sich, (vgl. D. 18, 1 1. 12).

In huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum quibus adquiritur ex eo contractu actio: nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est me praesente suo nomine non est querendum, quid ego existimen, sed quid ille qui contrahit,)

daß der Irrtum des pater familias den Vertrag des Gewaltunterworfenen nicht berührt, vielmehr Willensmängel, also die Giltigkeit des Vertrages, nach der Person desjenigen beurteilt wird, der die Erwerbshandlung vornimmt. Hat sich also der Sklave, der Hausſohn geirrt, so ist sein Irrtum für die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes von Bedeutung, mag auch der pater familias die wahre Sachlage gekannt haben.

Das römische Recht vermochte sich auch anderweit zu helfen, ohne an dem Grundsatz der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung zu rütteln. Wollte eine gewaltfreie Person für einen Dritten einen Erwerb vollziehen, so mußte sie den Vertrag im eigenen Namen abschließen und hinterher die ihm entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten auf seinen Geschäftsherrn übertragen, da letzterer außerhalb des zwischen dem Prokurator und dem Dritten abgeschlossenen Geschäftes stand. Der freie Prokurator war also kein Stellvertreter, sondern ein „Ersatzmann", „Interessenvertreter" „Zwischenperson". Der Praetor erst stellte zum Schutze des dritten Kontrahenten gewisse direkte Rechtsbeziehungen zwischen Prinzipal und Dritten her, indem er dem Dritten aus dem vom Mandatar gemachten und gegen ihn bestehenden Verbindlichkeiten eine Klage auch gegen den Prinzipal gab; (actio adicitur non transfertur [1])

[1]) Die actio exercitoria gegen den Rheder neben der Klage gegen dessen Angestellten, den magister navis, die actio institoria gegen den Handelsherrn neben der Klage gegen den Geschäftsführer, den institor

auch das ist kein Fall der Stellvertretung, denn der Eintritt der adjecticischen Haftung hängt nicht ab von einem Willen der Mittelsperson, sondern wird unmittelbar ex lege geschaffen. Sie beruht auf dem „gesetzlichen Zwecke der Sicherung des dritten Kontrahenten." (vgl. Manigk, S. 311/312.)

Dem wachsenden Verkehrsbedürfnisse zu genügen, wurde später bei Erwerb und Veräußerung von Besitz und des durch Besitz vermittelten Eigentumserwerbs die direkte Stellvertretung zugelassen D. 41,1. l. 63, l. 20 § 2. Später griff Stellvertretung noch Platz bei Erwerb einer Dahrlehnsforderung D. de reb. cred. 12,1 l. 2 § 4 l. 9 § 8. und eines Pfandrechtes D. de pign. a. 13,7 l. 11 § 6, de pign. 20,1 l. 21.

Es ergibt sich also, daß im römischen Rechte die Entwicklung zur direkten Stellvertretung zwar begonnen hat, aber nicht zu Ende geführt ist. Das eigentliche Problem der Stellvertretung liegt außerhalb des Gesichtskreises des römischen Rechtes. Es liegt darin, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von der handelnden Person losgetrennt sind und in einer anderen Person unmittelbar zur Entstehung gelangen. Daher ist auch die Lösung des Problems der heutigen Stellvertretung nicht im römischen Recht zu finden. Sehen wir nun, wie sich die neuere Wissenschaft zu diesem Problem verhält.

## Die Stellvertretung im gemeinen Recht.

### § 5.

### Die sogenannte Durchgangstheorie.

Diese Theorie steht dem Prinzip der direkten Stellvertretung noch zweifelnd gegenüber. Sie stellt entsprechend dem römischen Rechte den Satz auf, daß Rechte und Verbindlichkeiten einer obligatio nur in der Person der Vertragsschließenden entstehen können, und daß es dem Wesen der obligatio widerspräche, wenn ein Anderer als der Vertragschließende unmittelbar aus dem Vertrage berechtigt oder verpflichtet werde. Die Wirkungen des vom Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeschäftes treten daher unmittelbar in der Person des Vertreters ein und gehen auf den Vertretenen nur mittelst besonderen

Rechtsgeschäftes über. (vgl. Puchta, [1]) § 274—277, Mitteis, S. 84—89). Damit kommt diese Theorie auf die sog. indirekte Stellvertretung des römischen Rechtes zurück. Nach ihr kommt es natürlich nur auf die Rechts- und Geschäftsfähigkeit, nur auf die Willens- und Vorstellungsmomente des Vertreters an. Ein Recht, das aus der Unkenntnis eines Umstandes abgeleitet werden soll, wird zwar nicht erworben, wenn der Vertreter es kennt, wenn aber der schlechtgläubige dominus durch einen gutgläubigen Vertreter ein Recht erwerben will, dann dürfte streng genommen die Person des dominus nicht in Betracht kommen, doch hilft sich Puchta damit, daß er dem Kontrahenten des Vertreters gegen den dominus die actio bezw. exceptio doli gibt. Was die Frage nach Willensmängel, insbesondere Irrtum anbelangt, so kommt natürlich nur die Person des Vertreters in Betracht. Diese Theorie, neuerdings nur noch von Freese (S. 35,38) und dem bürgerlichen Gesetzbuch gegenüber auch noch von O. Bachr (S. 2 ff.) vertreten, verkennt infolge des aus dem römischen Rechte übernommenen Prinzips der logischen Untrennbarkeit zwischen Vertrag und obligatio das Wesen der modernen Stellvertretung, das darin besteht, daß die Rechtswirkungen der von einer Person für einen anderen vorgenommenen Handlung sofort und nur zwischen den Personen entsteht, welche sie materiell angehen, und das der materiell an dem Geschäfte gar nicht beteiligte Vertreter niemals haftet, daß ferner der Vertreter nicht nur dem praktischen Erfoge nach, sondern auch begrifflich aus dem Geschäftsnexus ausgeschaltet ist, und daß als aktives und passives Subjekt des letzteren von vornherein und ausschließlich der Vertretene erscheint. Wenden wir uns nun den Schriftstellern zu, welche die direkte Stellvertretung als ein modernes Institut betrachten.

## § 6.

## Die Savigny'sche Theorie.

Savigny geht davon aus, daß beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes durch einen Stellvertreter der Geschäftsherr alleiniger

[1]) Puchta scheidet zwischen freier Repräsentation s. oben Text und notwendiger Repräsentation: Erblasser zum Erben, filius zum pater familias.

Kontrahent ist, während dem Stellvertreter nur die Rolle eines Werkzeugs zur Willenserklärung zufällt, er nur „Träger eines fremden Willens" ist. Savigny identifiziert also Vertreter und Bote und stellt zum Nachweis eine Reihe von Beispielen auf, die den Kauf eines Pferdes betreffen, indem der Bote gradatim an Willenstätigkeit zunimmt. Während im ersten Beispiele die Mittelsperson wissens- und willenslos ist, (hat nur „ja" zu sagen) im zweiten sie zwar willenslos ist, aber den Inhalt der Erklärung kennt, hat sie im dritten bereits den Preis zu bestimmen, und im vierten außer der Preisbestimmung noch die Auswahl unter einer Anzahl von Pferden zu treffen (vgl. namentlich Savigny, Obligationen II, S. 59).

Die Vergleichung dieser verschiedenen Fälle führt Savigny zu der Ueberzeugung, daß sie juristisch betrachtet, „dieselbe Natur" haben. „Es ist gleichgiltig, ob der Stellvertreter der anderen Partei seinen einfachen Entschluß überbringt oder vielmehr einen unter mehreren von mir gefaßten nach seiner eigenen freien Auswahl (!)"

Schade, daß Savigny im obigen Beispiele nicht noch einen Schritt weiter gegangen ist und der Mittelsperson nicht Generalvollmacht erteilt hat; denn dann wäre vielleicht auch er zu der Ueberzeugung gekommen, daß, wenn der Generalbevollmächtigte wider den Willen des Prinzipals ein ihm unerwünschtes Geschäft abschließt, es nicht durch den Willen des Prinzipals zu Stande gekommen ist.

„Mein auf mannigfaltige Entschlüsse gerichteter Wille zwischen welchem der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja immer noch mein Wille, und der Stellvertreter erscheint in allen diesen Fällen der anderen Partei gegenüber als der bloße Träger meines Willens." Aber zum Mindesten gehört doch zur Auswahl unter den mannigfaltigen Entschlüssen die Betätigung eines eigenen Willens der Mittelsperson (s. bereits Beispiel 3).

Und die Konsequenzen der Savigny'schen Theorie? alle subjektiven Elemente: dolus, mala fides, Irrtum sind nach der Person des Vertretenen als der allein handelnden und wollenden Person zu beurteilen, Irrtümer der Mittelsperson hingegen sind

immer ganz bedeutungslos. Wie findet sich Savigny mit dem Fall ab, daß der Vertretene willensunfähig ist? kommt es dann etwa auf den Willen des Willensunfähigen an? Wie erklärt Savigny, daß das Rechtsgeschäft des stellvertretenden negotiorum gestor bindend ist, wenn der Stellvertreter juristisch gar nicht handelt? Es ist doch ein Widerspruch, zu sagen: der Prinzipal hat den Willen, nicht der Stellvertreter, aber der Stellvertreter kann ohne Wissen und Willen des Prinzipals mit Rechtswirksamkeit tätig werden.

Die Deduktionen Savigny's sind auch sonst verfehlt; der Entschluß des Stellvertreters ist einer von vielen, auf die sich der Wille des Geschäftsherrn gerichtet hat, während es doch psychologisch unmöglich ist, bei der Generalvollmacht anzunehmen, daß der dominus das Bewußtsein sämtlicher Willensentschlüsse gehabt hat, die der Bevollmächtigte künftig einmal abgeben wird (ähnl. Hupka, S. 31).

Und bei der Spezialvollmacht? Mag sie noch so erschöpfend sein, und dem Stellvertreter nicht der geringste Einfluß auf die Feststellung des Geschäftsinhaltes zustehen, so ist es ein Irrtum zu glauben, daß hier der Wille der Mittelsperson nicht für den Abschluß des Rechtsgeschäftes in Betracht kommt. Denn der Vollmachtswille ist niemals identisch mit dem Rechtsgeschäftswillen der Mittelsperson. Die Willensrichtung des Geschäftsherrn und des Vertreters ist eine ganz verschiedene. Der Rechtsgeschäftswille des Stellvertreters ist darauf gerichtet, unmittelbar für den Vertretenen eine Rechtswirkung zu begründen, der Wille des Vertretenen, der in der Vollmacht zum Ausdruck kommt, nichts anderes, als die „Zustimmung zu den Dispositionen, die ein Anderer künftig in seinem Namen vornehmen soll". (ebenso Hupka, S. 32) Wenn ich jemand ermächtige, in meinem Namen das Pferd X. zu kaufen, so kaufe ich nicht selbst das Pferd, sondern ich erkläre nur mein Einverständnis mit dem vom Stellvertreter vorzunehmenden Kauf: aliud est vendere, aliud vendenti consentire (vgl. Hupka ebenda).

Savigny's Ansicht vertreten im Wesentlichen Dernburg und Hellmann. Hellmann muß sich zu Zugeständnissen bequemen, durch die er seine Theorie aufgibt. Er sagt Seite 16: „Was

der Stellvertreter tut, ist für ihn selbst etwas völlig Unjuristisches", und beim Irrtum des Stellvertreters S. 157: „Wenn sich daher beispielsweise der Stellvertreter irrt, so kann im allgemeinen mit Grund behauptet werden, daß sich der Vertretene geirrt habe, weil er erklärt hat, so und nur so zu wollen, wie der Vertreter erklärt." Durch diese Fiktion wird die Tatsache, daß doch der Wille des Stellvertreters juristisch bedeutsam sei, verdeckt, aber nicht beseitigt. Tatsächlich hat sich nur der Stellvertreter geirrt, und wenn Hellmann diesen Irrtum für rechtlich erheblich erklärt, so ist es jedenfalls nicht richtig zu sagen, daß das Geschäft nur nach der Person des Prinzipals beurteilt wird, er der juristisch allein Handelnde, er der Kontrahent ist; dann muß er doch zugeben, daß der Wille des Stellvertreters für die rechtliche Wirkung von Bedeutung ist. (ähnlich Sauerlandt, S. 32). Ich kann es schlechterdings nicht einsehen, wie es möglich ist, eine Willenserklärung bezüglich ihres Inhalts als rechtlich maßgebend zu betrachten, ihr rechtliches Dasein aber ganz zu leugnen. In etwas modifizierterer Form vertritt Dernburg die Savigny'sche Theorie. Er behauptet (S. 19 Heidelberger Kritische Ztschr. und Pandekten II § 117) daß der Vertretene im Voraus zu dem, was der Vertreter feststellen werde, seinen Consens erteilt, bezieht diesen Consens direkt auf den dritten Kontrahenten und kommt zu dem Schlusse, daß der Vertretene der eigentliche Kontrahent, der Vertreter nur sein Organ sei. Da er aber einen Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter macht und die Person des Vertreters und des Vertretenen berücksichtigen will, je nachdem sich die „Autorisation" des Prinzipals in engeren oder weiteren Grenzen hält, kommt Dernburg bei der Frage, wessen Person in Ansehung von Willensmängeln, insbesondere Irrtum in Betracht kommt, im allgemeinen zu richtigeren Resultaten als die übrigen Vertreter dieser Theorie[1]).

[1]) Der Vorwurf den Thöl gegen Dernburg erhebt, (S. 76) ist nicht gerechtfertigt; denn wenn der dominus und der dritte Kontrahent bezüglich der Sache übereinstimmen, der Stellvertreter sich aber in einem error in corpore befindet, so ist der Vertrag sicherlich giltig, a. M. Thöl sowie die reine Repräsentationstheorie. Näheres siehe unten S. 25/27.

## § 7.

### Die Thöl'sche Theorie.

Verfehlt ist auch die Theorie Thöl's vom Doppelvertrag (Thöl, Seite 223—240.) Ausgehend von Savigny's oben angeführten Beispiele bestreitet er S. 239, daß der Vertreter im Falle der Auswahl unter den mehreren Pferden nur der Träger eines fremden Willens sei, vielmehr kontrahiere der Vertreter selbst und darin liege zugleich „die Konzentration des allgemeinen mandantischen Willens zu einem präzisen Vertragswillen."

„Der präzise Vertragswille, durch welchen allein der Vertrag entstehen[1]) kann und entsteht, ist ursprünglich beim Mandatar, und erst infolge des fremden präzisen Vertragswillen entsteht in dem Mandaten ein eigener präziser Vertragswille."

Er sieht also im Gegensatz zu Savigny in der Präzisierung des allgemeinen mandantischen Willens in einen präzisen die entscheidende Willenstätigkeit des Stellvertreters, deren Produkt zwei Verträge sind: Der eigene Vertrag des Vertreters mit dem Dritten und ein Vertrag des Prinzipals mit dem Dritten. „Der Bevollmächtigte schließt mit dem Dritten den „Grundvertrag" mit Hinweisung auf den Willen und die Willenserklärung des Prinzipals, und der Prinzipal mit ihm den Hauptvertrag kraft dieser Hinweisung."

Doch wie soll man sich die Erzeugung eines präzisen Vertragswillens in der Person des Prinzipals denken? Arbeitet etwa Thöl mit der Fiktion, daß durch die Willenstätigkeit des Vertreters eine entsprechende Willenstätigkeit des Prinzipals hervorgerufen werde? Wie, wenn der Vertretene willensunfähig ist, sein Wille also nicht erzeugt werden kann, — soll dann etwa der Stellvertreter den fremden Willensentschluß fassen? Das ist psychologisch undenkbar (vgl. Hupka S. 35 Anm. 1).

Wie erklärt Thöl die stellvertretende negotiorum gestio? Von einem Vertragswillen des Prinzipals kann er doch erst dann sprechen, wenn dieser die an ihn vom Dritten gerichtete

---

[1]) Hier leuchtet bereits der Gedanke hervor, den später Mitteis scharf formuliert hat S. 22 ff.

Offerte angenommen hat; bis dahin also soll der Dritte nicht gebunden sein? Ist er aber gebunden, so ist jener zweite vom Dritten dem Prinzipal offerierte Vertrag doch überflüssig. Richtig ist vielmehr, daß nur der Stellvertreter kontrahiert und dadurch die Bindung des Dritten hervorruft, während die Tätigkeit des Prinzipals nur eine genehmigende ist, welche die Wirkung nunmehr auch in seiner Person hervorruft (ähnl. Zimmermann, S. 40). Der Vertragswille des Vertreters soll nur in der Präzisierung des in der Vollmacht fixierten Prinzipalwillens bestehen? Wie, wenn die Vollmacht bereits so erschöpfend ist, daß für die Präzisierung irgend eines Punktes des abzuschließenden Geschäftes kein Raum mehr vorhanden ist? (Hupka S. 35). Wie Savigny verkennt auch Thöl die Willensrichtung: der Mandant will den Vertrag nicht selbst schließen, er will vielmehr in dem Vertrage *vertreten werden*. Wenn der Vertreter auf Grund des allgemeinen Willens des Vertretenen kontrahiert, so ändert sich dadurch der allgemeine Wille nicht, er bleibt, was er war: die *Ermächtigung zu kontrahieren*, er verwandelt sich nicht in einen Vertragswillen. Der Vertrag ist geschlossen worden auf *Veranlassung* des Mandanten, aber er hat ihn *nicht selbst* geschlossen. Der Vollmachtgeber hat immer nur den Willen, in das vom Vertreter innerhalb der Vertretungsmacht zu schließende Geschäft als *Partei* einzutreten und es als das seinige zu betrachten, den juristisch entscheidenden unmittelbaren Rechtsgeschäftswillen hat aber immer nur der Stellvertreter allein. (vgl. Hupka, S. 36).

## § 8.

### Die Mitteis'sche und Dernburg'sche Theorie.

Aehnlich wie Thöl nimmt auch Mitteis eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Prinzipals und des Stellvertreters an, aber nicht so, daß der Dritte zwei Kontrakte abschließt, — einen mit dem Vertretenen und einen mit dem Vertreter — sondern derart, daß beide durch ihr Zusammenwirken *ein* Rechtsgeschäft zustande bringen. Nicht der Vertretene allein schließt das Rechtsgeschäft ab und nicht der Vertreter allein, sondern beide vereint erzeugen das Rechtsgeschäft,

sind an der Bildung des Rechtsgeschäftswillens beteiligt, und nach dem Grade der Beteiligung an der Bildung dieses Willens bestimmt sich der Einfluß des einen oder des anderen auf die konkreten Wirkungen des Geschäfts. Dieses Prinzip modifiziert er nun bei Verträgen, indem er dem äußeren Auftreten des Vertreters einen Einfluß einräumt. Das Verkehrsinteresse verlange es, daß der Dritte sich darauf müsse verlassen können, daß der Wille, wie er erklärt wird, auch wirklich vorhanden ist, daß, wer als Bote aufgetreten ist, auch wirklich Bote, und wer als Stellvertreter aufgetreten ist, auch wirklich Stellvertreter ist, ohne Rücksicht auf das tatsächlich bestehende innere Verhältnis. Durch diese Modifikation erleidet die Mitteis'sche Theorie an einem Punkte eine entscheidende Niederlage (S. 276, V). Der Vertreter hat ein Generalmandat erhalten, dann ist sein Irrtum immer erheblich; tritt er aber als willenloses Organ, als Bote, auf, dann darf es nach Mitteis — und er verfährt konsequent — weder auf den Irrtum des Prinzipals noch den des Vertreters ankommen. Das Resultat ist hart. Der Fehler, den Mitteis hier begeht, liegt darin, daß er zwei Grundsätze, die einander prinzipiell widersprechen, mit Gewalt in Einklang bringen will, das Willensprinzip, das nur den inneren Willen zur Geltung bringt und das Vertrauensprinzip, das jenen ohne Beachtung läßt. Ueberdies ist das äußere Auftreten selbst ein unsicheres Kriterium für die Beurteilung des Vertreters; denn ein objektiver Gesichtspunkt, aus dem sich schließen ließe, welcher Teil des Willensinhalts vom Prinzipal, welcher Teil vom Vertreter produziert ist, ist für den Dritten meistens nicht vorhanden.

Unter Vermeidung dieses Fehlers nimmt Dernburg die Mitteis'sche Theorie an, (s. oben S. 22 Anmerkg. 1) daß durch den Willen beider das Geschäft erzeugt werde, und je nach dem Verhältnis, in dem ein jeder an der Bildung des Geschäftswillens beteiligt ist, auch sein Irrtum in Betracht kommen soll. Für die vom Prinzipal in der Vollmacht bestimmten Punkte wird daher immer der Irrtum des Prinzipals, für die übrigen Punkte der Irrtum des Stellvertreters maßgebend sein, ein Resultat, das zu befriedigenden praktischen Konsequenzen

führt. Aber die theoretische Konstruktion ist nicht haltbar. Gegen die Auffassung, daß der Wille des Geschäftsherrn ein Teil des Rechtsgeschäftswillens ist, läßt sich alles das sagen, was wir oben gegen Savigny und Thöl gesagt haben. Im Einzelnen nur wollen wir diese Theorie einer Untersuchung unterwerfen. Der Anteil des Prinzipals am Rechtsgeschäft soll um so größer sein, je präziser die einzelnen Punkte des Geschäftsinhalts in der Vollmacht bestimmt sind, um so geringer, je genereller sie ist, d. h. diesen Gedanken nach beiden Richtungen bis zu seinem Endpunkte durchgeführt:

1) Hat der Prinzipal dem Vertreter eine Generalvollmacht erteilt, dann hat der Vertreter den ganzen Inhalt des von ihm abzuschließenden Geschäftes allein zu bestimmen. Wo bleibt da die Beteiligung an der Bildung des Rechtsgeschäftswillens, die doch nach Mitteis erforderlich ist, bei jedem stellvertretenden Geschäft, wenn z. B. der Generalbevollmächtigte gegen den Willen des Prinzipals ein ihm unliebsames Geschäft abschließt?

Mag, wie Mitteis sagt, (S. 113 Nr. 123) der Wille des Prinzipals in der Generalvollmacht darauf gerichtet sein, daß Rechtsveränderungen für ihn eintreten, so viel ist doch jedenfalls klar, daß dieser Wille außerhalb des konkreten Rechtsgeschäfts liegt, und Mitteis damit das von ihm als notwendiges Erfordernis des stellvertretenden Rechtsgeschäfts aufgestellte, hier aber aufgegebene, Prinzip der Willensbeteiligung nicht retten kann.

2) Hat der Prinzipal dem Vertreter eine vollkommen erschöpfende Vollmacht erteilt, so hat er den Willensinhalt selbst gebildet und dem Stellvertreter bleibt für eine selbständige Willenstätigkeit kein Raum vorhanden. Wo bleibt nach Mitteis hier die Beteiligung des Vertreters an der Willensbildung, die doch nach ihm ebenfalls Erfordernis eines jeden stellvertretenden Geschäfts ist? Um nicht unkonsequent zu sein nimmt Mitteis S. 112 N. 122 an, daß der Stellvertreter „trotz der konkreten Willenslosigkeit" doch eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit entfaltet, denn „den Willen, die Erklärung zu beschaffen" habe er. Jenen Erklärungswillen hat auch der Bote, der Schreiber; diese Personen aber als bewußte Schöpfer des Rechtsgeschäftes

zu betrachten, ihnen einen rechtsgeschäftlichen Willen zuzusprechen, wie Mitteis es S. 131 tut, das geht nicht an. Sie wollen die Erklärung als Erklärung, aber sie wollen niemals durch die Erklärung das Rechtsgeschäft[1]). (Aehnl. Hupka S. 38'. Auch hier versagt das Prinzip der gemeinschaftlichen Willensbildung. Wenn also der Prinzipal dem Stellvertreter eine ganz spezialisierte Vollmacht erteilt, dann kann von einer gemeinschaftlichen Bildung des rechtsgeschäftlichen Willensinhalts nicht die Rede sein, wohl aber davon, daß der Bevollmächtigte als seinen Willen erklärt das, was der Auftraggeber will. Wenn also der Stellvertreter nicht aufhört Stellvertreter zu sein, so liegt das daran, daß er die Willenserklärung abgibt, zwar wie der Vollmachtgeber will, aber als seinen eigenen Willen, daß er und nur „er allein den Rechtsgeschäftswillen faßt und erklärt." (vgl. Hupka S. 38.

Und wie steht es mit der Mitteis'schen Theorie da, wo er sie wirklich durchführt? Bei der „extensiven" Willensteilung d. i. der Teilung des Willens nach dem Geschäftsinhalt: (s. Mitteis S. 121) wenn der Vertretene z. B. ein Pferd kaufen will, aber die Bestimmung des Preises dem Vertreter überläßt, da kann man doch nicht sagen, daß der Vertretene das Pferd, der Vertreter den Preis will. Will nicht vielmehr der Vertretene beides vermittels des Stellvertreters, und der Vertreter beides für ihn? Und bei der „intensiven" Willensteilung[2]), die dann vorhanden sein soll, wenn der Prinzipal dem Vertreter den bedingten Auftrag gegeben hat, z. B. das Pferd X für Mark 1000 zu kaufen, den Abschluß des Geschäfts aber in das Ermessen des Stellvertreters gestellt hat, dann hat jeder von ihnen das Geschäft geschlossen, der Vertretene bedingt, der Vertreter unbedingt, also der Wille, daß das Geschäft überhaupt geschlossen werde, sei hier zwischen Geschäftsherrn und Vertreter geteilt; tatsächlich ist aber der vom Prinzipal geäußerte Wille nicht unmittelbar auf den Abschluß

[1]) vergl. S. 28—31 ausführlich darüber.
[2]) Mitteis S. 122.

des Rechtsgeschäftes gerichtet, sondern nur Grund dafür, daß der Stellvertreter überhaupt zu einer Beschlußfassung schreitet und durch seinen Willen „das Rechtsgeschäft schafft." (Aehnl. Hupka S. 38/39.)

## § 9.

## Die sogenannte Repräsentationstheorie.

Im Gegensatz zu den eben besprochenen Theorien steht die sogen. Repräsentationstheorie, deren Wesen darin besteht, daß der Vertreter der juristisch allein Handelnde ist, die Wirkungen aber den Vertretenen unmittelbar treffen. Diese Theorie hat unbestreitbar eine große Natürlichkeit für sich; denn Tatsache ist doch, daß der Vertreter etwas getan hat, und daß der Vertretene dies nicht getan hat. Zwei Probleme hat diese Theorie nicht immer zu lösen vermocht. (vgl. ebenso, allerdings unter Außerachtlassung gerade des springenden Punktes Sauerlandt. S. 33. zu 2)

1) Wie ist es zu erklären, daß jemand aus einem von einem Andern abgeschlossenen Geschäfte berechtigt und verpflichtet wird [1])?

2) Wie, daß bisweilen beim Abschluß des Rechtsgeschäfts subjektive Momente wie mala fides in der Person des Vertretenen berücksichtigt werden, in der Person des Vertreters aber bisweilen irrelevant sein müssen?

Was die Frage zu 1) anbetrifft, so beschritt man jenen Weg, der überall da aushelfen muß, wo man eine befriedigende Lösung einer Rechtsüberzeugung nicht finden kann, den Weg der Fiktion. So sagt Pnchta S. 242: „Der Vollmachtgeber wird nach dem Prinzip der freien Stellvertretung aus dem Vertrage des Bevollmächtigten um des willen verpflichtet, weil der Vertrag vermöge rechtlicher Fiktion als sein eigener angesehen wird. Aehnlich Laband S. 183:" Die Stellvertretung

[1]) Scharf zu trennen von dem im Namen eines Dritten abgeschlossenen Geschäft ist das zu Gunsten eines Dritten abgeschlossene. Ersteres ist eine besonders geartete Vertragsschließungsart; letzteres ein besonders inhaltlich gearteter Vertrag. Aehnlich Zimmermann S. 84.

bei Eingehung von Verträgen besteht darin, daß jemand im Namen eines Anderen mit der Wirkung kontrahiert, als hätte dieser Andere selbst kontrahiert." Aehnlich Windscheid Pand. I. § 73 Anm. 166. Doch derartige Fiktionen umgehen die Schwierigkeit, lösen sie aber nicht. Daher wird sie auch von neueren Anhängern der Repräsentationstheorie verworfen. Jhering begnügt sich damit die Tatsache festzustellen, daß bei der Stellvertretung Rechtswirkungen für den Vertretenen durch die Handlung des Vertreters eintreten. Jhering, Geist des röm. R. § 59. „Die wahre echte Stellvertretung beruht auf einer Trennung von Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft; die Ursache, die Handlung, fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung, das Recht, auf die des Repräsentierten; sie schließt also eine künstliche Spaltung dessen in sich, was bei der natürlichen Gestalt des Verhältnisses eins ist. Die ad 1 aufgeworfene Frage ist damit nicht beantwortet. Unterscheiden wir aber mit Karlowa S. 53 ff zwischen „Errichtungsakt" und „dem Bestande des Rechtsgeschäfts", der aktiven und passiven Gebundenheit, sehen wir in der Bevollmächtigung die Berechtigung des Vertreters mit Rechtswirksamkeit in die Vermögenssphäre eines Anderen einzugreifen, so führt das auf Grund dieser Bevollmächtigung im Namen des Vollmachtgebers abgeschlossene Rechtsgeschäft unmittelbar die aktive und passive Gebundenheit des Vertretenen herbei.

Größere Schwierigkeiten bereitet das Problem zu zwei. Sämtliche Vertreter der Repräsentationstheorie[1]) stimmen dahin überein, daß Willensmängel und andere subjektive Elemente nach der Person des Vertreters zu beurteilen sind, simulierte er z. B., gab er eine Erklärung nur zum Scherz ab, befand er sich im Irrtum, so ist das Geschäft regelmäßig nichtig oder wenigstens anfechtbar.

Aber die strikte Durchführung dieses Grundsatzes würde zu unhaltbaren Resultaten führen. Man stellte daher bei der gewillkürten Stellvertretung eine Ausnahme auf, indem man auch den Seelenzustand, namentlich die mala fides des Ver-

---

[1]) Windscheid § 73 S. 306 N. 21 b. Karlowa, S. 56. Laband S. 227.

tretenen berücksichtigte, falls er zum Abschluß eines bestimmten Geschäftes Spezialvollmacht erteilt hat. Erteile ich einem andern den Auftrag, eine bestimmte Sache, deren Mängel mir bekannt sind zu einem bestimmten Preise zu kaufen, so habe ich die ädilizischen Ansprüche nicht, selbst wenn der Vertreter diese Mängel nicht kannte[1]). Die Entscheidung ist richtig. Wenn aber der Vertreter den Auftrag des Vertretenen mißverstanden hat, durch ein neues Mißverständnis aber, z. B. error in corpore, dem wahren Willen des Prinzipals gemäß handelt, so kommt nach der Repräsentationstheorie für den Vertretenen kein Vertrag zu Stande[2]). Und ferner, vom obigen Fall der Spezialvollmacht abgesehen, wird der dolose Prinzipal nur eines im guten Glauben befindlichen Stellvertreters bedürfen, um beim Abschluß von Rechtsgeschäften in fraudem legis handeln zu können, und der Dritte darf sich nicht auf die mala fides des Prinzipals berufen. Die Schwächen der Repräsentationstheorie werden also durch obige Ausnahme nicht beseitigt. Der Fehler steckt tiefer. Lediglich eine andere Fassung der Repräsentationstheorie — ohne deren Schwierigkeiten zu lösen — ist Kohlers Lehre von der Personifikation des Vertretenen durch den Vertreter. Gleichsam in der Maske[3]) des Vertretenen (als dessen alter ego) herrscht der Vertreter über das Rechtsleben des Vertretenen und handelt in seinem Namen. (Kohler § 59).

2.

## Die Konstruktion der Stellvertretung.

### 1. Aufbau derselben.

### § 10.

### Das Verhältnis von Bote zum Stellvertreter.

Haben wir uns bisher mit der Kritik der einzelnen Stellvertretungstheorien begnügt, so soll es im Folgenden unsere Aufgabe

---

[1]) So Windscheid § 73 S. 306 N. 21 b, Karlowa S. 56, Laband S. 227, Dunkhase S. 111 . So auch B.G.B. § 166.

[2]) So Windscheid S. 302 Anm. 21 a. Schliemann Bd. 16. S. 24, Curtius, S. 89.

[3]) Derselbe Rechtsgedanke findet sich bereits unter Anwendung desselben Bildes im talmudischen Recht: Scheluchau schel odom cemaussau d. h. der Vertreter eines Menschen ist wie er selbst.

sein, den Begriff der Stellvertretung, wie er uns richtig erscheint, positiv zu bestimmen. Wir beginnen da, wo wir mit unserer Kritik aufgehört haben. Die Ursache der verschiedenen Theorien lag in der verschiedenen Auffassung des Verhältnisses von Bote und Stellvertreter und des Wesens der Vollmacht, namentlich ihrer Beziehung zum Rechtsgeschäft des Vertreters. Wie wir S. 17/20 gesehen haben, verneint Savigny jeden Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter. Er sieht in dem Boten nur die unterste „Sprosse der Stellvertretungsskala", das scharf markierte Ende einer langen Reihe von Stellvertretern, nur dem Grade nicht der Gattung nach verschieden, in dem Stellvertreter nur den „flügge gewordenen Boten." Das B.G.B. hat diese Ansicht definitiv abgelehnt und sich, wie aus einer Gegenüberstellung von § 164 und § 120 hervorgeht, auf den Standpunkt der herrschenden Lehre gestellt, die einen begrifflichen Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter anerkennt. Aber die äußerst schwierig zu bestimmende und bestrittene Grenzlinie erhellt aus dem B.G.B. nicht[1]). Jhering (Jahrb. f. Dogm. Bd. I. S. 277) bezeichnet die Tätigkeit des Boten als eine faktische, die des Stellvertreters als eine spezifisch-juristische Hilfeleistung; in Wahrheit fehlt aber der Vertretung weder die faktische Natur, noch der Botschaft die juristische Bedeutsamkeit; (vgl. Leonhard, Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten S. 10) denn die Person, deren ich mich bediene, um dem X. eine Erklärung zu übermitteln, nimmt durch die Erklärung den Akt vor, durch den mein vorhandener innerer Wille erst juristische Bedeutsamkeit erlangt.

Verfehlt halten wir auch die Ansicht Zimmermann's S. 22/23, die als einziges Unterscheidungsmerkmal das äußere Auftreten des Boten als eines Ueberbringers einer fremden Willenserklärung, des Vertreters als eines Selbstwollenden aufstellt und damit das Willensmoment ganz bei Seite schiebt, auf das u. E. das Hauptgewicht zu legen ist. Wir bezeichnen vielmehr mit Windscheid § 73 Anm. 2 den wahren Stellvertreter als Vertreter im Willen, als diejenige Person, welche statt

[1]) Die zweite Kommission bekannte sich zu einem „ignorabimus."

des Prinzipals will und ihm einen Entschluß erspart, den Boten als den bloßen Ueberbringer einer Erklärung. (Windscheid sagt Vertreter „in der Erklärung"). Der Bote nimmt niemals Teil an der Bildung des Geschäftswillens[1]), während gerade das Wesen der Vertretung in der Bildung des Geschäftewillens besteht.

Der Bote überbringt den Willen des Auftraggebers als den Willen desselben, der Stellvertreter will selbst, er erklärt den Willen als seinen eigenen.

Der Bote will die Erklärung, als Erklärung, der Stellvertreter will durch die Erklärung das Rechtsgeschäft. Das Rechtsgeschäft kommt zu Stande durch den übereinstimmenden Willen des Stellvertreters und des Dritten, mag der Stellvertreter in seinen Entschließungen vollkommen frei oder an bestimmte Weisungen gebunden, mag er den Auftrag haben, ein bestimmtes Pferd zu einem bestimmten Preise von einem bestimmten Dritten zu kaufen, oder nur generell zum Kauf eines

---

[1]) Die Begriffe Bote und Stellvertreter gehen nicht in einander über; die Unklarheit der Begriffe ist nur tatsächlicher, nicht juristischer Natur. Wenn der Mittelsperson eine Entscheidung hinsichtlich des Geschäftsinhaltes oder hinsichtlich eines solchen Geschäftsaktes zusteht, den man als essentiale des Geschäftes bezeichnen muß, dann liegt Vertretung vor; (abweichend die gesamte Literatur, namentlich bezüglich des zweiten Kriteriums Fleck, wohl auch Leonhard). Nur dann verliert sie den Charakter als Bote nicht, wenn sie z. B. die ihr gutdünkende stilistische Form, wenn sie zwischen mehreren Erklärungsmodalitäten wählt (z. B. Einwurf in den Briefkasten oder persönliche Abgabe des Briefes); sobald ihr aber eine Wahl bezüglich des Erklärungsinhaltes (so auch R. Leonhard B.G.B. S. 299. Anm. 2. Endemann B.G.B. Bd. 1 § 80 Nr. 4, abweichend Cosack, B.G.B. Bd. 1 § 66. I. Ia.) („für zehn oder zwanzig Pfennig Hustenbonbons" oder „für ein paar Mark Schreibmaterialien") oder bezüglich mehrerer Erklärungen (ebenso Leonhard S. 299 Anm. 2. Schliemann S. 21, a. M. Planck S. 210 Anm. 2) zusteht, dann wird sie Vertreter. Interessant ist der Fall Laband S. 160. Es schickt jemand ein Rezept in die Apotheke ohne anzugeben in welche. Hier immer Bote; denn die Auswahl des Gegenkontrahenten bildet hier ein essentiale des Geschäftes. Anders natürlich bei anderen Käufen, wo die selbständige Auswahl des Gegenkontrahenten sehr wohl den Geschäftsinhalt selbst berührt, z. B. die Güte der Ware, die Preishöhe u.s.w. (a. M. Fleck, S. 389).

Pferdes bevollmächtigt sein; immer ist *er es*, welcher das Geschäft *abschließt*, immer er es, der *formell juristisch will*.

## § 11.

### Das Wesen der Vollmacht, namentlich ihr Verhältnis zum Geschäft des Stellvertreters.

Wir haben ferner oben gesehen, daß von der Auffassung der Vollmacht und ihrem Verhältnis zum Rechtsgeschäft des Vertreters die Stellungnahme zu den verschiedenen Stellvertretungstheorien abhängt. Wir wollen daher auf die Vollmacht näher eingehen.

In der älteren Doktrin[1]) und in älteren Kodifikationen, dem A.L.R. und dem code civile, warf man in Anlehnung an das römische Recht, das Stellvertretung in Rechtsgeschäften nur ausnahmsweise (vgl. S. 15—16) anerkannte und daher zu einer begrifflichen Verselbständigung von Vertretung und Vollmacht gegenüber der Geschäftsführung und dem Auftrag nicht gelangt war, sodann, weil Vertretung auf Grund eines Auftrags praktisch tatsächlich die häufigste Erscheinungsform der gewillkürten Stellvertretung ist, die Begriffe Auftrag und Vollmacht[2]). zusammen. Man sah in der mit dem Mandat verbundenen Ermächtigung zum stellvertretenden Handeln nicht bloß eine zufällige Begleiterscheinung des Mandatsvertrages, sondern man machte aus dem Mandatsvertrag einen Bevollmächtigungsvertrag, in dem Auftrag und Vollmacht identische Begriffe waren, bis *Laband* (S. 203 bis 209) die begriffliche Unabhängigkeit von Auftrag und Vollmacht nachwies und zeigte, daß sie zwei an sich verschiedene Rechtsverhältnisse sind, die sich nur tatsächlich häufig decken. „Die Vollmacht[3]) gewährt die Möglichkeit, durch die eigenen im fremden Namen abgeschlossenen Verträge einen anderen zu berechtigen und zu verpflichten, gleichviel, ob dieser Andere den Abschluß dieses bestimmten

---

[1]) Vgl. *Puchta*. Pand. § 333 und Vorlesung § 53. Unger, Oesterr. Privatr. II S. 139.

[2]) A.L.R. spricht von „Vollmachtsaufträgen", code civil von „mandat ou procuration."

[3]) *Laband*, S. 206.

Vertrages angeordnet, ob er dem Ermessen des Bevollmächtigten freien Spielraum gewährt oder ob er endlich den Abschluß dieses Vertrages geradezu untersagt hat; der Auftrag ist also für die Stellvertretungsbefugnis irrelevant." Doch Laband (S. 208) sieht in der Vollmacht einen „Consensualvertrag, durch den die Kontrahenten sich gegenseitig verpflichten, daß Rechtsgeschäfte, welche der eine Kontrahent (Bevollmächtigte) namens des Andern (des Vollmachtgebers) abschließen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der letztere selbst geschlossen." Eine solche Verpflichtung gehen die Parteien aber nicht ein, weil sie sie nicht eingehen können; denn nur dazu kann man sich verpflichten, eine bestimmte Leistung vorzunehmen, nicht aber dazu, daß diese Leistung einen bestimmten Rechtserfolg hat; der Rechtserfolg tritt nicht ein auf Grund des Willens der Parteien und nicht auf Grund der Verpflichtung der Parteien, sondern weil die Rechtsordnung an das bestimmte Rechtsgeschäft den bestimmten Rechtserfolg knüpft. — (vgl. ähnl. Hupka S. 86).

Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller sieht vielmehr in der Vollmachtserteilung nur die einseitige[4]) Erklärung des Vollmachtgebers, die — nach § 167 nicht notwendig direkt an den Bevollmächtigten, sondern auch unmittelbar an den beteiligten Dritten gerichtet sein kann — aus seinem Willen allein seine Kraft schöpft und einer Annahme seitens des Bevollmächtigten nicht noch erst bedarf. Eine Annahme seitens des Bevollmächtigten ist nur insofern notwendig, als der Bevollmächtigte nach innen hin gegenüber dem Machtgeber zur Ausübung der Vollmacht verpflichtet oder berechtigt werden soll. Diese Annahme gehört dann aber eben nicht mehr dem Vertretungs- sondern dem Geschäftsführungsverhältnis an, sie ist nicht Annahme der Vollmacht, sondern Annahme des inneren Geschäftsführungsvertrages, z. B. des Auftrags. Dieser Standpunkt, am schärfsten von Karlowa gefaßt, ist auch ins B.G.B. § 167

[4]) Vgl. Regelsberger § 163. Dernburg Pand. I § 119. Karlowa S. 58, dagegen variierend Zimmermann S. 88/89. Mitteis S. 186. (die verlangen, daß der Vertreter im Hinblick auf die Bevollmächtigung handelt, sich also Labands Ansicht hinneigen.)

übergegangen. Die Wirkung dieser Erklärung, „Vollmachtswirkung" (Biermann, S. 21), ist weder ein „Recht" noch „eine Pflicht", weder ein „Dürfen" noch „Müssen", sondern lediglich ein „Können," die rechtliche Fähigkeit, die sich gar nicht auf das eigene Vermögen des Vertreters bezieht, sondern einzig und allein auf das Vermögen des zu Vertretenden, da der Vertreter durch seine Handlung den Prinzipal zu berechtigen und zu verpflichten im Stande ist. Zutreffend heißt es in den Motiven B.G.B. I. S. 229: „durch die Annahme des Auftrages übernimmt der Beauftragte die Verpflichtung, das Rechtsgeschäft im Namen des Auftraggebers einzugehen, und um dieser Verpflichtung genügen zu können erhält er gleichzeitig, aber durch ein besonderes Rechtsgeschäft, die Macht, im Namen des Auftraggebers aufzutreten[1]).

Haben wir bisher die rechtliche Natur der Vollmacht in ihrem Verhältnis zum Stellvertreter festgestellt, so kommt es jetzt darauf an, ihr Verhältnis zum Dritten zu untersuchen. Wir erinnern uns der Savigny'schen Stellvertretungstheorie, die ja darin besteht, daß der Prinzipal nur in einer besonderen Form die zum Vertrage notwendige Handlung mit dem Dritten direkt vornimmt; wir erinnern uns der Thöl'schen Theorie, nach der die vom Stellvertreter überbrachte Vollmachtserklärung

[1]) Nicht zu verwechseln damit ist die Frage, was für den Vertreter Veranlassung zum Handeln ist; nicht etwa die Vollmacht, denn diese schafft dem Bevollmächtigten Dritten gegenüber nur die formale Rechtsposition, sondern die interne materielle Beziehung, die in einem Rechtsverhältnis, z. B. Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag oder auch einem tatsächlichen Verhältnis, z. B. Freundschaft, Geschäftsverbindung bestehen kann. Davon ist natürlich streng zu scheiden die Frage nach der abstrakten oder kausalen Natur der Vollmacht, d. h. ob die Entstehung und der Bestand der Vollmacht abhängig ist von dem Bestande eines zu Grunde liegenden Kausalgeschäftes, z. B. ob es für die Entstehung der Bevollmächtigung von Einfluß ist, daß der Bevollmächtigte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, sich somit nicht wirksam zur Geschäftsführung verpflichten kann, ob der Handlungsgehilfe, der auf Grund eines wucherischen Dienstvertrages angestellt ist, Dritten gegenüber gültig bevollmächtigt ist; im Interesse der Verkehrssicherheit muß man sich für die abstrakte Natur entscheiden. a. M. zu Unrecht Planck auf Grund des § 168 B.G.B.

zwischen Prinzipal und Dritten den Hauptvertrag zu Stande bringt, und ferner der Mitteis'schen Theorie, die in der Vollmacht nicht einen selbständigen außerhalb des Rechtsgeschäfts stehenden Rechtsakt, sondern einen integrierenden Bestandteil des Hauptgeschäfts sieht. Konsequent müßte Mitteis — Savigny und Thöl tuen es ja direkt — die Folgerung ziehen, daß die spezialisierte Vollmacht zu Kontrakten eine Vertragserklärung des Prinzipals an den Dritten ist, und daher der Dritte in der Lage ist, durch unmittelbare Annahmeerklärung an den Prinzipal einen Vertrag zur Entstehung zu bringen, ohne daß überhaupt eine Offerte an ihn seitens des Bevollmächtigten ergangen war. Diese Konsequenz lehnt Mitteis ab (S. 185 Nr. 201), Lenel aber (Bd. 36. S. 15) führt sie strikt durch, wenn er sagt „Die Vollmacht zu einer Offerte, einer Acceptation, einer Kündigung etc. bildet selbst ein integrierendes Stück dieser rechtsgeschäftlichen Erklärung und teilt daher deren juristische Natur."

Wenn die Vollmacht ein integrierendes Stück des Rechtsgeschäftes ist, und Mitteis und Lenel konsequent sein wollen, dann müssen sie auch folgerichtig die Vollmachtserteilung immer der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form unterwerfen. Lenel sucht dieser Konsequenz dadurch zu entgehen, daß er behauptet, nicht die Erklärung des Prinzipals, sondern nur die botenmäßige Mitteilung derselben durch den Bevollmächtigten, und nur sie, sei Bestandteil des Geschäftes. Diese Mitteilung der Vollmacht unterliege daher allein der für das Hauptgeschäft vorgeschriebenen Form. Damit gibt aber Lenel seine Grundauffassung von der zusammengesetzten Natur des Vertretungsgeschäftes auf, er, der gerade am schärfsten betonte, daß die Vollmachtserklärung ihrem Wesen nach eine Erklärung des Prinzipals an den Dritten ist[1]). Wenn ferner § 167 Abs. 2 B.G.B. sagt „die Vollmacht bedarf nicht der Form, welche für

[1]) Diesem Satze bricht Lenel allerdings in den meisten Fällen die Spitze durch die Fiktion ab, daß er in der Vollmachtserteilung an den Vertreter stets eine für Dritte bestimmte Willenserklärung und in dem Auftreten des Vertreters als Bevollmächtigter die stillschweigende Ausrichtung der Vollmachtserklärung des Prinzipals an den Dritten sieht. (Lenel S. 25).

das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht", so müssen wir, selbst wenn wir diese Vorschrift in ihrer Allgemeinheit beklagen, weil in jedem einzelnen Falle das richterliche Ermessen nach dem rechtspolitischen Zweck der einzelnen Formvorschrift darüber entscheiden sollte, ob auch die Vollmachtserklärung dieser Form unterliegen soll — das wird dann der Fall sein, wenn durch die Vollmachtserklarung die Wirklichkeit und Ernstlichkeit des Parteiwillens außer Zweifel gestellt werden soll (vgl. Hupka, S. 119) — jedenfalls aus der allgemeinen Vorschrift des § 167 die Folgerung ziehen, daß das B.G.B. der Mitteis-Lenel'schen Ansicht nicht gehuldigt haben kann.

Das ferner der Wille des Vertreters sich nicht auf den Abschluß des Rechtsgeschäfts direkt bezieht, zeigt sich auch bei der negotiorum gestio; denn darüber, daß vor der Genehmigung eine Bindung des Dritten existiert und der hinzutretende Wille des Genehmigenden nur zur Folge hat, daß auch den Vertretenen die Wirkungen treffen, das unterliegt nach dem B.G.B. § 177/182 keinem Zweifel. Aus diesen Erwägungen kommen wir daher zu dem Schluß, daß die Vollmacht *nicht* ein integrierender Bestandteil des Hauptgeschäfts und in derselben ein Rechtsgeschäftswille des Vertretenen *nicht* zu sehen ist. Der Rechtsgeschäftswille liegt allein beim Vertreter; hier wird er gefaßt wie erklärt. Zu weit geht allerdings in der Lostrennung der Vollmacht vom Rechtsgeschäft des Vertreters *Karlowa* S. 58, wenn er die Bevollmächtigung als eine Willenserklärung definiert, die nicht auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet ist, sondern nur eine Entscheidung geben soll. Zwar leugnet er nicht die rechtliche Abhängigkeit eines Rechtsgeschäftes von der in der Vollmacht liegenden Willenserklärung, aber das sei nicht dasselbe wie bewirkt sein oder mitbewirkt sein durch die Willenserklärung. Es ist richtig, die Vollmachtserteilung erzeugt keine *unmittelbare, reale Rechtsveränderung*, aber unbestreitbar wird durch sie eine andere Tatsache mit rechtserzeugender Kraft ausgestaltet, deren sie an und für sich entbehrt, unbestreitbar schafft sie den Rechtserfolg, daß der Stellvertreter durch seine Handlungen konkrete Rechtswirkungen für den Vertretenen erzielt; das heißt doch, daß die Vollmacht eine

mitwirkende Tatsache für diese konkrete Rechtswirkung ist; denn alle Tatsachen, welche Voraussetzungen einer Rechtswirkung sind, stehen was ihre Kausalität anbelangt einander gleich. Auch bei dem bedingten Geschäft ist das als Bedingung gesetzte Ereignis ebenso wie das Rechtsgeschäft selbst die Ursache des Erfolges; der Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Parteibedingung liegt vielmehr darin, daß das Rechtsgeschäft zugleich auch der „innere Rechtsgrund" für die Wirkung, die Parteibedingung „nur Ursache" ist. Ebenso verhält es sich bei der Vollmacht. Vollmacht und Rechtsgeschäft wirken zusammen für die Herbeiführung des Erfolges, die Vollmacht ist die Ursache des Rechtserfolges, die notwendig vorhanden sein muß, um dem inneren Rechtsgrund zur Rechtsfolge, d. i. dem auf die unmittelbare Herbeiführung gerichteten Geschäftswillen des Bevollmächtigten konkrete Wirksamkeit zu verschaffen (so Hupka S. 26. Anm. 1). Also auch nach unserer Auffassung wirken beim stellvertretenden Geschäft für die Herbeiführung des Erfolges zwei Willen mit, die sich aber nicht zu einem einheitlichen Willensakt zusammenschließen, sondern zwei vollständig getrennte selbständige Willensakte sind mit verschiedenen Willensrichtungen. Der Stellvertreter hat immer den sog. Rechtsgeschäftswillen, d. h. den Willen, das Geschäft abzuschließen, während der Vollmachtgeber den Willen hat, daß jener das Geschäft abschließe. „Es ist etwas anderes: Wollen, daß ein Vertrag geschlossen wird" und: „einen Vertrag schließen" (vgl. Curtius S. 72). Auf zwei selbständigen Voraussetzungen beruht also das Wesen des Stellvertretungsbegriffs:

1. dem Handeln im fremden Namen, d. h. der ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung an den Geschäftsgegner, daß die Wirkungen in der Person des Vertretenen eintreten sollen [1]),

[1]) Das sei mit Schärfe betont gegenüber Schloßman I. S. 160 ff., der die Begriffe „im Namen" und „für den Vertretenen" handeln, identifiziert und somit in der herrschenden Lehre einen Widerspruch findet, den er erst in dieselbe hineinträgt. Er leitet nämlich S. 158 aus den beiden Entscheidungen des R.O.H.G. v. 15/X 1870 Bd. I. S. 56 und v. 14/IX 1875 Bd. 18 S. 294 für die herrschende Lehre zwei Sätze ab, in denen

1. die Mittelsperson, die für einen andern handelt bei Kenntnis des Dritten hiervon jenen unmittelbar berechtigt und verpflichtet,

2. die Mittelsperson, die für einen anderen handelt trotz Kenntnis des Dritten davon, nicht imstande ist, unmittelbare Rechtswirkungen in dem andern direkt zu erzeugen.

Die beiden genannten Entscheidungen besagen aber lediglich, daß bei der direkten Stellvertretung das Geschäft nicht ausdrücklich im Namen des Vertretenen abgeschlossen zu werden brauche, sondern es genügt, wenn die Absicht im Namen des Vertretenen zu handeln aus den Umständen hervorgeht.

Für den Vertretenen handeln im allgemeinen Sprachgebrauch ist aber nach der herrschenden Lehre:

1. im Namen des Vertretenen handeln, d. h. ihn direkt berechtigen und verpflichten wollen, das ist die direkte Stellvertretung,

2. für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen handeln, das ist die indirekte Stellvertretung. Dieser indirekte Vertreter will gar nicht, daß Rechtswirkungen in der Person eines Dritten eintreten, noch erklärt er es, er hat nur beim Abschluß des Rechtsgeschäfts die Absicht, die gemäß seinem Willen in seiner Person eingetretenen Rechtswirkungen mittels besonderen Rechtsgeschäfts auf den anderen zu übertragen; und wenn er auch diese Absicht dem Dritten gegenüber äußert, so ändert dies an der Rechtslage nichts: „die Kundgebung des Willens zur indirekten Vertretung ist lediglich die Angabe des Grundes, weshalb er den Vertrag schließt." R.G. 2. Okt. 1880. vgl. dazu Manigk, S. 320 328. Der mittelbare Vertreter wird durch die Geschäfte, die er mit Dritten abschließt, lediglich selbst berechtigt und verpflichtet, seine obligatorischen Verpflichtungen und Rechte gegenüber denjenigen, in dessen Interesse er handelt, bestimmen sich nach dem zwischen ihm und diesem bestehenden Rechtsverhältnisse, letzterer aber tritt zu dem Gegenkontrahenten in keine rechtliche Beziehung R.G. Bd. 58 S. 283. Darum ist der mittelbare Vertreter bei erheblichen Irrtum zur Anfechtung des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts berechtigt.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre entwickelt Müller-Erzbach unter Vermeidung der Schloßmann'schen Fehler aus der Interessenlage die Notwendigkeit, zwischen dem Interessenten und Drittkontrahenten unmittelbare Rechtsbeziehungen herzustellen. Es soll der Interessent dem Drittkontrahenten gegenüber unmittelbar berechtigt und verpflichtet sein, der Vermittler aber — auf dessen Namen und Kredit das Geschäft geschlossen wird — nur accesorisch haften. Da hiernach die Rechtsstellung des „Vermittlers" der des unmittelbaren Stellvertreters entspricht, wäre sein Irrtum über den Inhalt des von ihm abgeschlossenen Geschäfts nach den in § 13, sein Irrtum über Bestand und Umfang des Auftrags nach den in § 14 der Arbeit aufgestellten Grundsätzen zu behandeln. Auf eine Kritik dieser Lehre soll jedoch im Rahmen der lediglich den Irrtum des unmittelbaren Stellvertreters behandelnden Arbeit nicht eingegangen werden.

2. der Vertretungsmacht[1]).

Dabei macht es, wie wir im Gegensatz zu Schloßmann S. 291/92 betonen, keinen Unterschied für die juristische Struktur der Stellvertretung, ob die Vertretungsmacht erzeugt wird durch Vollmacht, d. h. eine personenrechtliche Erklärung dessen der vertreten werden soll oder durch Gesetz (Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund, Pfleger). Der Vormund hat begrifflich dieselbe Stellvertretungsbefugnis wie der durch Rechtsgeschäft Bevollmächtigte. Der Grund der Vertretungsmacht ist für die rechtliche Konstruktion gleichgiltig[2]). Mit Recht bestimmt daher das B.G.B. § 164: eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen.

## § 12.

### Die Konsequenzen im Allgemeinen.

Das Geschäft kommt durch den Willen des Vertreters zu Stande; daher muß er willensfähig sein. Das Gleiche wird

---

[1]) Da dieser Begriff nur eine Rechtswirkung, nicht aber den ihr zu Grunde liegenden Tatbestand zum Ausdruck bringe, sagt Schloßmann S. 239, sei er überflüssig. Jemand hat Vollmacht für N. heißt: in Betreff seiner liegt ein Tatbestand vor, der bewirkt, daß die Rechtsfolgen eines Vertretergeschäftes unmittelbar den N. treffen. Vollmacht als Voraussetzung der Stellvertretung zu bezeichnen, heiße daher nicht mehr und nicht weniger als: direkte Wirkungen für den Vertretenen treten allemal dann ein, wenn ein Tatbestand vorliegt, an den das positive Recht direkte Wirkungen für den Vertretenen knüpft; das sei eine Tautologie; dann aber muß Schloßmann auch alle übrigen nur Rechtwirkungen ausdrückenden Begriffe, wie Eigentum, Pfandrecht aus dem Rechtssystem eliminieren, wozu er wohl selbst seine Hand nicht bi ten wird. Ferner folgt daraus, daß nicht die Vertretungsmacht, sondern, wie auch wir oben festgestellt haben, der ihr zu Grunde liegende Tatbestand die causa für die Wirksamkeit der Stellvertretung ist, noch lange nicht die „Inhalts- und Wertlosigkeit" des Begriffes: „Vertretungsmacht." vgl. Manigk S. 312 ff.

[2]) Verschiedenes folgt allerdings für den Irrtum des nicht gewillkürten und des gewillkürten Stellvertreters; aus welchem Gesichtspunkte heraus, werden wir § 13 sehen.

vom Vertretenen gefordert, denn seine Willensfähigkeit ist Voraussetzung einer gültigen Vollmacht. Die Wirkungen treten in der Person des Vertretenen ein; darum ist vollkommene Geschäftsfähigkeit des Vertreters nicht erforderlich. Auch der beschränkt Geschäftsfähige kann für den Vertretenen verpflichtende Geschäfte abschließen. Da der Prinzipal aus dem Geschäfte des Vertreters auch verpflichtet werden kann, so muß er die zu dem bestimmten Geschäfte erforderliche Willensfähigkeit besitzen. Ein Minderjähriger wird daher z. B. ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht gültig Vollmacht zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit erteilen können, da er eine solche auch unmittelbar selbst nicht begründen kann. Die besondere Qualifikation des Rechtsgeschäftes, z. B. ob es Handelsgeschäft ist, richtet sich nach der Partei, d. i. dem Vertretenen (vgl. Engelmann, S. 27, Mitteis, S. 307, Laband S. 237 Nr. 64).

Da im B.G.B. die für ein Geschäft vorgeschriebene Form regelmäßig die Bestimmung hat Verfügungen zu erschweren, die Tatsache des Geschäftsabschlusses und den Inhalt des Rechtsgeschäftes klar festzustellen, so wird auch der Stellvertreter im gegebenen Falle diese Formvorschrift beobachten müssen. Größere Schwierigkeiten als diese Frage bereitet die Frage nach dem Einfluß des Vertreterirrtums über den Inhalt des Rechtsgeschäfts und Bestand und Umfang der Vertretungsmacht.

## III.

## Der Irrtum des Stellvertreters bei Rechtsgeschäften.

### § 13.

### Behandlung des Irrtums des Stellvertreters über den Inhalt des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts.

§ 166 Abs. 1 B.G.B.: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel — oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände — beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht."

Damit bringt das bürgerliche Recht die gemeinrechtliche Repräsentationstheorie zum Ausdruck[1]). Dieser Standpunkt

[1]) Auch § 166 Abs. 2 B.G.B. steht nicht mit der Repräsentationstheorie in Widerspruch; denn nicht handelt es sich hier (s. Text) um eine

ist zu billigen bei der gesetzlichen Stellvertretung, dem Vormund u.s.w. sowie für die Organe der juristischen Person, die ja die juristische Person direkt repräsentieren. Denn sie sind alleinige Urheber der in der Person des Vertretenen eintretenden Wirkungen; der Geisteskranke, die juristische Person setzt nie eine Bedingung zu dem vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäft, sein Wollen ist nicht kausal für die Rechtsfolgen die in seiner Person eintreten. Daher müssen immer und in jeder Beziehung Willensmängel des Vertreters für das Rechtsgeschäft des Vertretenen in Betracht kommen, sein erheblicher Irrtum immer die Anfechtbarkeit des von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfts begründen. (Aehnlich Hupka S. 69).

Anders verhält es sich bei der gewillkürten Stellvertretung, d. i. der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht). Die Formel der Repräsentationstheorie: Das Geschäft ist durch den Willen des Vertreters zu Stande gekommen, sein Willensmangel macht es also auch zu nichte, hat das B.G.B. zur festen Norm erhoben. Man glaubte damit eine wissenschaftliche Wahrheit zum Ausdruck zu bringen. Wissenschaftlich wahr ist aber nur, daß der Stellvertreter es ist, „der den Rechtsgeschäftswillen erzeugt und erklärt, daß also von einem Irrtum in der Bildung und Erklärung des Geschäftswillens nur in seiner Person die Rede sein kann." Damit ist aber nicht gesagt

1) daß der Irtum des Prinzipals über einen wesentlichen Vertragspunkt das Vertretungsgeschäft gar nicht beeinflußt[1]) und

---

Willensteilung im Sinne der Mitteis'schen Theorie sondern um eine Beeinflussung des Willens des Vertreters und eine durch die bona fides gebotene Berücksichtigung desselben.

[1]) Zu beachten ist nämlich, daß der Geschäftsherr nicht nur Partei des Hauptgeschäfts, sondern daß er zugleich auch Vollmachtgeber ist, daß auch sein Wollen für den Eintritt der Rechtsfolgen causal ist, und daher ein Irrtum über einen Punkt des abzuschließenden Hauptgeschäfts, der für den von ihm vorgenommenen Bevollmächtigungsakt causal gewesen ist, den Bestand des Hauptgeschäftes ebenso muß erschüttern können, wie ein Willensmangel des Vertreters. Irrt der Vollmachtgeber über einen wesentlichen Punkt des Hauptgeschäftes, z. B. er bevollmächtigt den A. von B. eine bestimmte Vase zu kaufen, die er für antik hält, während sie in Wahrheit Nachahmung ist, dann ergreift sein Irrtum über die

2) daß der Irrtum des Stellvertreters ebenso wirkt, wie der Irrtum der im eigenen Namen handelnden Person.

Das B.G.B. behandelt das stellvertretende Geschäft wie das Eigengeschäft. Beim Eigengeschäft, wo das Subjekt der Geschäftshandlung zugleich Subjekt des Geschäftsinhaltes ist, wo der Wollende und formell Handelnde zugleich an den Vertragswirkungen materielles Interesse hat, wird sein erheblicher Irrtum immer sein Parteiinteresse berühren und darum die Anfechtbarkeit begründen. Anders aber beim stellvertretenden Geschäft. Hier fallen handelnde Person und Geschäftspartei auseinander. Der Wollende ist an den Vertragswirkungen nicht interessiert. Sein Wollen kommt schließlich nur in Betracht als Ausdruck und Spiegel der Interessen und Lebensbedürfnisse des Prinzipals, und da meine ich, werden wir nicht schablonenmäßig den Irrtum nach der Person des Vertreters beurteilen, sondern ihn in jedem einzelnen Falle in Zusammenhang mit den Interessen und Lebensbedürfnissen des Prinzipals bringen müssen und uns die Frage vorlegen, ob und inwieweit diese durch den Irrtum des Vertreters berührt werden[1]).

Operieren wir mit dem berühmten Thöl'schen Fall.

A beauftragt den B das Pferd X zu kaufen. B hält das wertvollere Pferd Y für X und in diesem Irrtum erklärt

---

wesentliche Eigenschaft der Sache zugleich den Inhalt der Vollmacht und begründet deren Anfechtbarkeit, deren ordnungemäßige Vornahme die Hinfälligkeit der Vollmacht auch für die Vergangenheit bekanntlich zur Folge hat. Mit der Vollmacht fällt aber das auf ihrer Grundlage vollzogene Rechtsgeschäft, weil ihm das Fundament fehlt. Kommt man so auf Grund des § 166 Abs. 1. der nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters allein für maßgebend erklärt, nicht zur unmittelbaren Hinfälligkeit des Hauptgeschäftes wegen Irrtums des Vollmachtgebers über einen wesentlichen Punkt des Hauptgeschäftes, so erlangt dieser doch wegen der Mangelhaftigkeit des Bevollmächtigungsaktes und wegen der Bedingtheit der Rechtsgeschäftswirkung vom Bestande der Vollmacht mittelbar Bedeutung.

[1]) Natürlich kommen diese Fragen nur dann in Betracht, wenn der Prinzipal sich den Irrtum des Stellvertreters zu Nutze machen und auf Grund des Irrtums des Stellvertreters anfechten will.

er, er wolle für A. das Pferd X für den Preis von 1000 Mk. kaufen. Das Geschäft ist wegen des error in corpore und des dadurch bewilligten höheren Preises nach § 166 Absatz 1 anfechtbar. Die Entscheidung ist richtig.

Modifizieren wir den Fall.

A beauftragt den B, das Pferd X für Mark 1000 zu kaufen; B hält das wertvollere Pferd Y für X und erklärt in diesem Irrtum, er wolle für A das Pferd X für den Preis von 1000 Mk. kaufen. Das Geschäft ist wegen Irrtums des Vertreters nach § 166 B.G.B. anfechtbar. Die Entscheidung ist offenbar falsch; denn billig ist es doch, daß der Prinzipal eine irrtümliche Erklärung des Vertreters dann nicht anfechten darf, wenn ihr Inhalt genau dem entspricht, was der Prinzipal durch den Vertragsschluß erreichen wollte. Der praktische Sinn der römischen Juristen hätte sich eine Bestimmung wie § 166 es ist nicht zu Schulden kommen lassen. Ulpian schon bestimmte, daß ein Irrtum des Stellvertreters in einem solchen Falle ohne Beachtung bleibt: (D. 41, 2. fr. 34) si me invacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero non adquiram possessionem .. sed si procurator meus erret, ego non errem magis est ut adquiram possessionem.

Gegenüber der Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches war der Antrag nicht ganz unbegründet, der lt. den Protokollen der Kommission für die 2te Lesung des B.G.B. J. S. 142 ff. die Streichung des § 166 befürwortete. „Es bestehe kein Anlaß zu gesetzgeberischem Eingreifen, dem Richter biete die Entscheidung auf Grund der konkreten Sachlage keine besondere Schwierigkeit. Eine zutreffende gesetzliche Regelung lasse sich nur durch eine weitgehende Kasuistik ergeben. Der Einfluß, den das Wollen (und das Wissen des Vertretenen einerseits und) des Vertreters (andrerseits) auf ein vom Vertreter vorgenommenes Rechtsgeschäft üben könne, gestalte sich zu verschiedenartig, als daß die Aufstellung einer allgemeinen Regel statthaft wäre. Sollte sich aber ein allgemeines Prinzip nicht finden lassen? Die unrichtige Entscheidung des obigen Falles hat ihren Grund darin, daß sie rein formalistisch nur achtet auf den Willens-

fehler des Vertreters ohne Rücksicht darauf, daß er trotz oder gerade wegen des Willensfehlers (so im Falle des doppelten Mißverständnisses) das trifft, was der Prinzipal will, darin, daß sie nur Rücksicht nimmt auf den psychischen Willensakt und ihn loslöst von den Lebensbedürfnissen und Interessen des Prinzipals, darin, daß sie nicht fragt nach Grund und Zweck, warum der Willensfehler rechtlich in Betracht gezogen wird. Nicht der Irrtum um seinetwillen wird geschützt, sondern nur das durch den Irrtum verletzte Parteiinteresse; nur wenn ein schutzwürdiges Interesse des Prinzipals verletzt ist, darf der Irrtum Beachtung finden. Im obigen Falle also, wo die irrtümliche Erklärung des Stellvertreters vollkommen dem Willen des Prinzipals entspricht, ist kein Interesse des Prinzipals verletzt, also auch kein Anfechtungsrecht begründet. Es ergibt sich — im allgemeinen gesprochen — für die beiden obigen Fälle:

1) Wenn ich jemand bevollmächtige, eine bestimmte Sache zu kaufen, ihm aber nicht den Preis vorschreibe, und er infolge eines Irrtums einen höheren Preis bewilligt, als er bei Kenntnis der Sachlage getan haben würde, dann hat der Prinzipal ein gerechtfertigtes Interesse an der Anfechtung des Geschäftes. Das wird immer der Fall sein bei generellen Vollmachten (ebenso Hupka S. 48); denn hier vertraut der Prinzipal die Spezialisierung und darum auch die Wahrung seiner Interessen dem Vertreter an. Ein Irrtum desselben wird daher, wenn er erheblich ist, eine Interessenverletzung des Prinzipals im Gefolge haben. War die Vollmacht zum Teil bestimmt, so kann, wie ja oben erwähnter Fall zeigt, auch ein Irrtum über den bestimmten Punkt die Interessenverletzung des Prinzipals enthalten, nicht notwendig ist, daß der Irrtum des Vertreters einen seinem Ermessen überlassenen Punkt betrifft. (ähnlich Hupka S. 48 unten.)

2) Wenn ich jemand bevollmächtige, eine bestimmte Sache zu einem bestimmten Preise zu kaufen, d. h. eine vollkommen spezialisierte Vollmacht erteile, so wird der Kauf immer unanfechtbar sein, wenn die bestimmte Sache zu dem bestimmten Preise erworben ist, mag sich auch der Käufer beim Abschluß des Geschäftes in einem Irrtum befunden haben; denn wenn

das Geschäft so zu Stande gekommen ist, wie der Prinzipal es gewünscht hat, dann ist sein Interesse nicht verletzt.

Aus diesem Gesichtspunkte ergibt sich dasselbe Resultat für den in der Literatur viel besprochenen Fall, daß der Vertreter den Auftrag des Vertretenen mißverstanden, durch ein neues Mißverständnis aber den vom Vertretenen wirklich ausgesprochenen Willen ausführt.

Wir stellen also den Satz auf:

1) Das vernünftige Parteiinteresse ist Bedingung und Grenze für die Berücksichtigung des Vertreterirrtums. So Hupka S. 47.

Dieser Satz bedarf aber noch einer Ergänzung.

Operieren wir mit einem Fall, wo der Irrtum des Stellvertretenen nicht Anfechtung zur Folge hat, sondern Grundlage eines Wandlung- oder Minderungsanspruches ist (B.G.B. § 459) Prokurator A. kauft eine mangelhafte Sache in Anwesenheit des Prinzipals, der die Mangelhaftigkeit der Sache zufällig kennt, während der Prokurator sie nicht kennt. Kann dann der Prinzipal den Gewährleistungsanspruch wegen des Irrtums des Vertreters geltend machen? Die Repräsentationstheorie und das B.G.B. § 166 Abs. 1. gewährt dem Prinzipal das Anfechtungsrecht, (denn nicht handelt es sich um den Fall des § 166 Abs. 2. B.G.B., daß der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vertretenen gehandelt, die eine Berufung auf den Irrtum des Stellvertreters ausschließen würden.) Die Entscheidung ist falsch. Denn in dem Augenblicke, wo der Stellvertreter den Erwerb für den Prinzipal vollzieht, kennt dieser den Mangel der Sache schon, und ich kann es schlechterdings nicht einsehen, warum der Verkäufer der mangelhaften Sache dem Wandlungsanspruch des Prinzipals nicht § 460 B.G.B. soll entgegenstellen können. Wenn dagegen der Vertreter im Namen des Herrn z. B. ein krankes Tier kauft, dessen Mangel er nicht kennt, dann hat der Herr mit Recht nach § 459 B.G.B. das Wandlungsrecht, wenn der Vertreter das Tier ausgesucht und zufälliger Weise an ein dem Herrn als mangelhaft bekanntes Stück geraten ist (ebenso Entscheidung bei Leonhard, B.G.B. S. 310 Anm. 4.). Der Unterschied beider Fälle ist augenfällig: Hier muß das Interesse

des Prinzipals, dort darf nur das redliche Interesse des Herrn berücksichtigt werden. Wir stellen also den Satz auf:

2) Das redliche Parteiinteresse ist Bedingung und Grenze für die Berücksichtigung des Vertreterirrtums. So Hupka, S. 47.

Nach diesen beiden Gesichtspunkten müssen wir die Repräsentationstheorie handhaben, um zu einer dem Rechtsgefühl entsprechenden Entscheidung der einzelnen Fälle des § 119 Abs. 1. und Abs. 2. B.G.B. zu gelangen. Nach diesen Gesichtspunkten muß die Frage nach der Erheblichkeit des Irrtums, die ja Voraussetzung der Berücksichtigung eines jeden Irrtums ist, beurteilt werden. Nicht darnach kann geurteilt werden, wie der Vertreter nach Maßgabe seiner eigenen individuellen Verhältnisse und verständigen Anschauungen gehandelt hätte, sondern wie er im Namen des Prinzipals bei einer verständigen Würdigung der besonderen Verhältnisse und der verständigen Anschauungen des Vertretenen gehandelt hätte. Nach diesem Prinzip müssen auch die andern in Teil 1. unserer Arbeit aufgestellten Gesichtspunkte, — z. B. die Parteiwesentlichen S. 11 — berücksichtigt werden. Das näher auszuführen wäre Wiederholung.

Aus diesem Prinzip folgt auch, daß die Anfechtung wegen eines Willensmangels des Vertreters nicht diesem sondern dem Vertretenen zusteht, und vom Vertreter im Namen des Vertretenen nur insoweit ausgeübt werden darf, als die Vollmacht zur Vollziehung des Rechtsgeschäfts die Vollmacht zu einer Anfechtung in sich schließt, (so Hölder S. 361, 4) zugleich aber wohl auch, daß grundsätzlich im eigenen Namen der Vertreter seinen Irrtum dann wird anfechten können, wenn er das im Namen des Dritten vorgenommene Geschäft im eigenen Interesse vorgenommen hat, z. B. der Vertreter, der eine fremde Forderung auf Grund der Ermächtigung des Gläubigers einkassiert, um den Betrag als Schenkung für sich zu behalten. (Aehnlich Hupka S. 47.)

## § 14.

### Irrtum des Stellvertreters über Bestand und Umfang der Vertretungsmacht.

Der Stellvertreter irrt über das Vorhandensein oder den Umfang der Vertretungsmacht, z. B. er hält die Vollmacht für fortbestehend, während sie in Wahrheit erloschen ist oder für echt, während sie gefälscht ist u. s. w., dann steht fest, ein Rechtsgeschäft kommt für den Vertretenen nicht zu Stande. Auch für den Schaden, den der Dritte durch sein Vertrauen auf die irrtümliche Erklärung des Stellvertreters erleidet, haftet nicht der Geschäftsherr, sondern der Stellvertreter; er hat ja kontrahiert, er den Schaden verursacht; demgemäß bestimmt § 179 Abs. 2 B.G.B.: hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, den er dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat. In diesen Fällen, in welchen der Vertreter über das Dasein oder den Umfang der von ihm behaupteten Vertretungsmacht irrt, ist die Haftung auf das Erfüllungsinteresse ausgeschlossen, und der Dritte nur auf die Geltendmachung des Schadensverwiesen, den er durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit der Vertretungsmacht erleidet. Der Richter wird sich in seinem Urteil mit dem Hinweis auf § 179, Abs. 2 begnügen, die Rechtswissenschaft muß den dieser Vorschrift zu Grunde liegenden Gedanken erforschen.

Der Gesichtspunkt der deliktischen Schadenszufügung kann für das B.G.B. nicht maßgebend gewesen sein, denn der Vertreter kann sich auch in einen unverschuldeten Irrtum über seine Vertretungsmacht befinden und zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet sein.

Der Gesichtspunkt der Culpahaftung[1]) kann ebenfalls dem B.G.B. nicht zu Grunde liegen. Diese Konstruktion erklärt die culpa des Vertreters für seine Haftung für ausreichend,

[1]) Laband, S. 234/38.

aber auch für erforderlich, sie würde also die Vorschrift des B.G.B. erklären für den Fall, daß der Vertreter sich in einem verschuldeten, aber verfagen, wenn er sich in einem völlig unverschuldeten Irrtum befindet.

Ebensowenig kann ich anerkennen, daß der deutsch-rechtliche Gedanke, wonach der Urheber eines Schadens ohne Rücksicht auf Schuld (Veranlassungsprinzip) ersatzpflichtig wird, der Vorschrift des § 179 Abs. 2 zu Grunde liegt, da diese Konstruktion die Nichthaftung des beschränkt Geschäftsfähigen § 179, Abs. 3 B.G.B. nicht zu erklären vermag. (a. M. Cosack, S. 230, Reinberger, S. 55).

Verfehlt ist auch die in verschiedenen Variationen auftretende herrschende Ansicht, die den Grund der Haftung des über seine Vertretungsmacht irrenden Vertreters in einem zugleich mit dem stellvertretenden Handeln abgeschlossenen pactum adiectum sieht, durch welches der Vertreter die Garantie für das Vorhandensein der Vollmacht oder die Erklärung der Genehmigung übernimmt (so Windscheid, Pand. § 74 Anm. 7a. Mot. z. B.G.B. I S. 225); denn wie kann man da von einem Garantievertrag zwischen Vertreter und Dritten sprechen, wo der Vertreter überhaupt nicht das leiseste Bedenken an dem Vorhandensein bezw. an der Zulänglichkeit der Vollmacht gehabt hat, wo der Dritte nie an der rechtmäßigen Legitimation des Vertreters gezweifelt? Niemals hat doch der Vertreter, der pochend auf seine Vollmacht im Namen des Vollmachtgebers mit dem Dritten einen Vertrag schließt, die Absicht sich selbst zu verpflichten, niemals der Dritte, der in unerschütterlichem Glauben an die rechtmäßige Legitimation des Vertreters den Vertrag eingeht, die Absicht, den Vertreter selbst haftbar zu machen. Die unerläßlichen Voraussetzungen des Vertrages Vertragswille und objektive Erkennbarkeit desselben fehlen (so Zimmermann, S. 290—293). Eine stillschweigende Garantieübernahme aber anzunehmen ist Fiktion [1]), die dem fertigen

[1]) Eine Fiktion ist, wie Unger in „Handeln auf eigene Gefahr" mit Recht betont, nur im Interesse der Fortbildung des Rechts wissenschaftlich zu rechtfertigen, niemals aber zur Erklärung eines fertigen Rechtssatzes.

Gesetze nicht unterstellt werden darf. Sie verhüllt nur den wirklichen Grund der Haftung, in dem sie einen gar nicht vorhandenen ins Gesetz hineinliest. Der wirkliche Grund der Haftung des selbst in einem unverschuldeten Irrtum befindlichen Vertreters liegt vielmehr darin, daß er behauptet, Vertretungsmacht zu besitzen, und der gute Glaube des Dritten an die Wahrheit dieser Behauptung geschützt werden muß (vgl. Staudinger S. 500 § 179, Nr. 2 Hölder, B.G.B. S. 179 Nr. 1 Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, S. 91—252). Das ist derselbe Rechtsgedanke, der auch im § 122 B.G.B. zum Ausdruck kommt und uns bereits oben § 1 beschäftigt hat.

Notwendig ist also zur Haftung des Vertreters, daß er Vertretungsmacht behauptet, und daß der Dritte dadurch zum Geschäftsabschluß verleitet wird.

Wenn also der Vertreter infolge eines unverschuldeten Mißverständnisses sich die Vollmacht zugeschrieben oder sie überschritten hat, wenn er auf Grund einer für ihn absolut unerkennbaren Vollmachtsfälschung gehandelt hat, so bleibt er trotz der unverschuldeten Unkenntnis vom Mangel der Vollmacht dem Dritten auf das negative Geschäftsinteresse haftbar; diese strenge Haftung ist aber nur dann billig, wenn er tatsächlich vorbehaltlos Vertretungsmacht behauptet, wenn er zum Dritten hintritt und erklärt: Ich bin zum Abschluß des Rechtsgeschäfts mit Dir bevollmächtigt [1]), denn billig ist es doch, daß er für die Wahrheit dieser Behauptung allein die Gefahr trägt. (s. oben § 1). Ein etwaiger Irrtum des Stellvertreters über die Gültigkeit seiner Vertretungsmacht wird dem Dritten gegenüber nicht in Betracht kommen, wenn er dem Dritten die Tatsachen, aus denen er auf das Vorhandensein der Vollmacht schließt, verschweigt (ebenso Hupka). Hat dagegen der Vertreter dem Gegenkontrahenten nicht den Bestand der Vertretungsmacht, sondern bestimmte Tatumstände mitgeteilt, dann haftet er nach unserem obigen Prinzip ebenfalls für die Wahrheit seiner Behauptung, aber auch nur dafür, also nicht etwa für

---

[1]) Es genügt auch stillschweigende Betätigung, z. B. „im Namen", als „Vertreter" handeln.

den wirklichen Bestand der Vertretungsmacht, sondern für die wahrheitsgemäße Mitteilung der Tatsachen und für seinen eigenen guten und nicht unberechtigten Glauben an die Wirkung dieser Tatsachen. Erklärt er also unter Vorlegung einer Vollmachtsurkunde, daß er keinen Grund habe an der Echtheit derselben zu zweifeln, (die Schrift war z. B. täuschend nachgeahmt) dann wird er nur einstehen für die Gewissenhaftigkeit seiner Ueberzeugung. Ein Schaden, den der Dritte durch einen unverschuldeten Irrtum des Vertreters erleidet, wird in diesem Falle nicht der Vertreter, sondern der Dritte selbst tragen, denn hier hat der Dritte dieselben Grundlagen für die Prüfung der Giltigkeit und des Umfanges der Vertretungsmacht wie der Vertreter, und wenn er aus denselben Grundlagen denselben irrigen Schluß wie der Vertreter zieht, „seinen Irrtum also teilt", da wäre es doch äußerst unbillig, dem materiell am Geschäft beteiligten Dritten die Folgen des gemeinschaftlichen Irrtums abzunehmen und sie nur dem formell beteiligten Vertreter aufzubürden (vgl. dazu Prot. z. B.G.B. S. 162/63 u. Hupka Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht S. 179 ff). Hier steht Irrtum gegen Irrtum. Wer da das Interesse hat, muß auch die Gefahr tragen.

---

## Druckfehlerberichtigung.

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| S. | 2 | vorletzte Zeile | lies: | Gegensatz dazu statt: Gegensatz, dazu, |
| = | 2 | Anm. 2 Zeile 3 | = | zurückzugehen, ohne statt: zurückzugehen ohne |
| = | 3 | Z. 25 | = | Rechtsgeschäft (vergl. . . statt: Rechtsgeschäft und (vergl. . . |
| = | 6 | = 14 | = | A.L.R. statt: A.L.B. |
| = | 7 | = 29 | = | muß, erstens statt: muß; erstens |
| = | 17 | = 23 | = | entstehen statt: entsteht |
| | | | = | daß = das |
| = | 26 | = 3 d. Anm. 1 | = | Vertragsschließungsart, letzteres statt: Vertragsschließungsart; letzteres, |
| = | 30 | = 20 d. Anm. 1 | = | kein essentiale statt: ein essentiale |
| = | 44 | = 14 | = | Stellvertreters statt: Stellvertretenen |
| = | 45 | = 19 | = | Parteiwesentlichkeit statt: Parteiwesentlichen |
| = | 48 | = 2 | = | indem statt: in dem |

# Lebenslauf.

Ich, Erich Pinczower, jüdischer Religion, bin am 29. Juli 1882 zu Liegnitz als Sohn des Kaufmanns Israel Joachim Pinczower und seiner Ehefrau Sara geb. Silberberg geboren, besuchte das städtische Gymnasium zu Liegnitz und bestand Ostern 1901 die Reifeprüfung, studierte 6 Semester Jura und Staatswissenschaften, und zwar 1 Semester in München, 3 Semester in Berlin und 2 Semester in Breslau und bestand am 21. November 1904 am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 13. Dez. 1904 wurde ich am Amtsgericht Jauer i. Schl. als Referendar vereidigt, war daselbst bis 13. September 1905, vom 14. September 1905 bis 14. September 1906 am Landgericht Beuthen O. S., vom 15. September 1906 bis 14. Januar 1907 bei der Kgl. Staatsanwaltschaft daselbst und bin seit 15. Januar 1907 beim Rechtsanwalt und Notar in Breslau beschäftigt.

S. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.